Friedrich von Bülow's

und

Dr. Theodor Hagemann's

Königlich Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen Oberappellations-Räthe

practische Erörterungen

aus allen Theilen

der Rechtsgelehrsamkeit,

hin und wieder

mit Urtheils-Sprüchen des Zelleschen Tribunals

und

der übrigen Justizhöfe

bestärkt.

Dritter Band.

Hannover,

bei den Gebrüdern Hahn. 1801.

Verzeichniß der Erörterungen
des
dritten Bandes.

* 2 VIII.

XXXVI.

XLIV.

LII.

I. Erörterung.

Fortgesetzte Beyträge zum Deichrechte.

1.

Es ist oftmals der Fall, daß ein gebrochener Deich schleunig wiederum gefaßt und hergestellt werden muß a). Gewöhnlich übersteigt aber eine sofortige Wiederherstellung desselben die Kräfte der einzelnen Deichhalter, und deßhalb pflegt die Landesregierung, auf den Antrag der Oberdeichaufsicht, mehrere Dorfschaften zum Bau des Deichs aufzufordern und eine sogenannte Nothhülfe zu verfügen. Einer solchen Anordnung kann sich Niemand entziehen, auch im Wege Rechtens b) keine sofortige Befreiung von dergleichen Hülfsdiensten, welche auf dem Grunde einer nachbarlichen Beyhülfe beruhen, erwarten. Versagen aber die Unterthanen bey

a) Praktische Erörterungen, B. 2. S. 32.

b) Oberappellat.-Gerichtsordnung, Th. 2. Tit. 1. §. 5. 3.

bey einem solchen Nothfalle die von ihnen verlangten Hülfsdienste, und erlauben es die Umstände nicht, sie durch Zwangsmittel dazu anzuhalten; so bleibt der Oberdeichaufsicht kein anderes Mittel übrig, als die verweigerten Dienste von Andern für Lohn beschaffen und nachgehends die aufgewendeten Kosten von den Widerspenstigen beytreiben zu lassen. Gegen die executivische Beytreibung derselben findet kein Rechtsgang Statt; weil diese Kosten völlig in die Stelle der verweigerten Nothdienste selbst treten und in diesem Betracht lediglich als eine Regiminal- und Oberlandespoliceysache anzusehen sind. Sollte hierbey ein förmliches Rechtsverfahren eintreten dürfen, so würden sich die Unterthanen in vielen Fällen der verlangten Nothhülfen zu entziehen suchen, und dadurch das Deichwesen einer großen Gefahr aussetzen. Es sind indeß diese Dienste keine Folge einer auf sich habenden Deichslast, und daher stehet es jedem frei, nach vollbrachter Arbeit, oder nach entrichteten Auslagen, seine vermeintlichen Befugnisse oder Beschwerden im Wege Rechtens auszuführen. Nach diesen Grundsätzen ward daher am 27. Jan. 1800 vom höchsten Tribunale in S. der sieben Marschdörfer des Amts Lauenburg Artlenburg und Consf. wider den Anwald der Regierung zu Ratzeburg erkannt: Nachdem es jetzt blos auf die Beytreibung der, durch die von unserer Regierung zu Ratzeburg den Imploranten anbefohlnen, von ihnen aber verweigerten Nothhülfe, veranlaßten Kosten ankommt, unsere Jurisdiction also für fundirt nicht zu achten ist, und den Imploranten unbenommen bleibt, diejenigen, die sie auf Erstattung dieser Kosten in Anspruch nehmen zu können vermeinen, bey der Behörde zu belangen; so ist dem Suchen pro inhibitorio nicht zu deferiren.

2.

In der Grafschaft Hoya ist im Jahr 1775 eine allgemeine Deich- und Schlachtaufsicht eingeführt, und solche der unmittelbaren

baren Direction der Königl. Landesregierung untergeben. In der deßhalb publicirten Verordnung c) wird unter andern festgestellt: daß in Deichsachen, als worin eine Entscheidung ohne Aufenthalt geschehen und befolgt werden muß, keine Appellationen an die Justizcollegia, oder ein ander Suspensivmittel zugelassen werden, sondern ein Jeder dasjenige, was ihm auferlegt wird, unverlängt leisten, wenn aber das zuvörderst geschehen, und er sich gegen seine Mitunterthanen mit Fug zu beschweren vermeinen sollte, ihm sodann seine Beschwerde, durch den Weg Rechtens auszuführen, frei stehe. Mittelst Landesherrl. Rescripts vom 31. Oct. 1775 ist es den Obergerichten noch besonders zu Pflicht gemacht, in vorkommenden Fällen sich nach dieser Verfügung zu achten.

3.

Eine besondere Art der Deiche, welche man fast in jedem Deichbande antrifft, sind die sogenannten Klipflagendeiche. Man verstehet darunter solche, vor und hinter welchen der Deichhalter kein eigenthümliches Land besitzt, und die mithin auf fremdem Grunde und Boden belegen sind. Gewöhnlich sind die Deiche auf demjenigen Lande erbauet, was unmittelbar am Strohme liegt. Die Besitzer solcher Ländereyen konnten aber die ganze Deichlast nicht allein übernehmen, und es ward daher die billige Einrichtung getroffen, daß diejenigen Landesbesitzer, welche mit ihren Grundstücken weiter zurücklagen, wegen ihres durch die Deiche vor Ueberschwemmungen zugleich mit gesicherten Landes, die Unterhaltung eines Deichtheiles, nach dem Verhältnisse ihrer geschätzten Ländereyen, übernehmen mußten. Dergleichen Klipflagendeiche sind meistens nur wenige Fuß lang, und sie unter-

c) Verordnung vom 29. Sept. 1775, wegen der in der Grafschaft Hoya eingeführten Deich- und Schlachtaufsicht an der Weser und Aller belegenen Deiche und Schlachten. §. 16.

unterscheiden sich in Rücksicht der Unterhaltungs- und übrigen Deichlasten, nicht wesentlich von solchen Deichen, die auf eigenem Grunde und Boden liegen.

4.

Alle Ländereyen und Grundstücke, welche durch die Deiche vor Ueberströmungeen gesichert sind, nennt man Binnenland, und die durch einen Deich eingeschlossenen Landbewohner, Deichlandsinteressenten. Alles dasjenige hingegen, was zwischen dem Strohme und dem Deiche liegen geblieben, und der Gewalt desselben ausgesetzt ist, heißt Butenland, Vorland, Aussendeichsland.

Bey der ersten Anlage der jetzt vorhandenen Deiche hat man nicht alle Grundstücke bis hart an den Strohm eingedeicht, obgleich verschiedene derselben, nach dem Urtheile der Deichbauverständigen, womit die Erfahrung übereinstimmt, noch immer dem Strohme viel zu nahe gelegt sind d). Verschiedene Grundstücke, besonders die hervorspringenden, konnten ihrer Lage wegen nicht mit in den Deich eingeschlossen werden, weil derselbe in möglichst gerader Richtung gezogen wird; sie blieben mithin ausserhalb Deichs, und wurden Buten- oder Vorland. Auf diese Weise, oder wenn ein Deich aus Noth, bey einem geschehenen Deichbruche, zurückgelegt werden mußte, oder aber, wenn einzelne Ländereybesitzer und Communen es rathsam fanden, einen Theil ihrer Ländereyen am Strohme unbedeicht zu lassen u. s. w., entstand Vor- und Aussendeichsland. Ueber die Benutzung desselben, sonderlich wegen der Hut und Weide, pflegen nicht selten zwischen den Besitzern der Binnenländereyen, welche unmittelbar an den Deich stoßen, und den Inhabern der Klipflagendeiche, Strei-

d) Lüneburgische Deichordnung, Art. 26.

Streitigkeiten zu entstehen, wenn deßhalb durch gesetzliche Bestimmungen, rechtskräftige Entscheidungen, oder kundbare Observanz, nichts festgesetzt ist. Alsdann hängt die Decision der Sache insonderheit von der Frage ab:

Ob das Vorland und dessen Alluvion als ein Accessorium des Deichkörpers, oder des Binnenlandes, zu betrachten ist?

Für das letztere scheinen überwiegende Gründe vorhanden zu seyn. Bekanntlich enthalten die Deiche nur eine Sicherungsanstalt wider Ueberschwemmungen. Der ganze Deichbau schränkt sich also, seiner Natur und Absicht nach, blos auf den Erdwall ein, welcher, näher oder entfernter vom Strohme, aufgeworfen ist, um den Ueberlauf des Wassers zu verhindern. Bevor aber ein solcher Wall vorzurichten stand, mußte ein fester Fuß geschafft werden, um den Deich darauf zu legen, und es war mithin erforderlich, daß der Eigenthümer des am Strohme zunächst liegenden Landes dasselbe zu dem Zwecke hergab. Denn auf die vom Strohme weiter zurückgelegenen Ländereyen konnte der Deichfuß nicht wohl gesetzt werden, weil man sonst zu viel Land der Gefahr der Ueberschwemmung bloßgestellt haben würde. Dergleichen einzelne Erdwälle gaben indeß begreiflich keine hinlängliche Sicherheit; sie würden viel Raum eingenommen und viele Arbeit, ohne Nutzen, gekostet haben. Dieses mag also wohl hauptsächlich die Ländereybesitzer an Ströhmen bewogen haben, ihre Erdwälle an einander zu reihen, und die Erdaufwürfe in eine Linie zusammen zu ziehen. Dadurch entstand ein Deichband oder eine Deichgenossenschaft. Da nun aber von dieser Einrichtung nicht blos die vorhin nahe und unmittelbar an dem Strohme belegenen Ländereyen, sondern auch diejenigen, welche weiter landeinwärts und mit ihren Wohnungen und Grundstücken mehr zurück lagen, wider die Ueberschwemmungen gedeckt wurden; so war nichts natürlicher und billiger, als daß auch die letztern einen verhältnißmäßigen Antheil des Deichs übernehmen mußten, wenn gleich der Deichtheil, den sie zu bauen und zu bessern hatten, nicht auf ihrem eige-

eigenen, sondern auf fremdem Lande lag. Der Bau und die Unterhaltung dergleichen Klipflagendeiche schränkt sich indeß blos auf den angewiesenen und bestimmten Theil des Erdwalles ein, welcher zwar die Ländereyen disseits und jenseits trennt, aber doch als bloßer Körper, in Beziehung auf das Binnen- oder Butenland, überall keine rechtlichen Verhältnisse, insofern sie sich nicht auf den Deich, als bloßen Erdwall, beziehen, hervorbringen, mithin an und für sich betrachtet, Ländereyen weder erwerben noch verliehren kann. Wenn daher die rechtlichen Verhältnisse des Binnen- und Aussenlandes gehörig bestimmt werden sollen, muß man sich den Deich, der eine bloße Schutzanstalt ausmacht, ganz hinwegdenken. Alsdann erscheint das Vor- oder Aussendeichsland als eine Fortsetzung des Binnenlandes, des Landes, worauf der Deichkörper ruhet, und es behält, der Natur der Sache nach, durchgehends die Eigenschaften und Grenzen, welche das Binnenland, als ein Theil desselben, hat. So wenig also diejenigen, welche mit ihren Ländereyen, zu deren Beschützung sie den Deichtheil halten müssen, weiter landeinwärts und zurückliegen, Anspruch auf das Binnenland, welches unmittelbar an ihre Deiche stößt, machen dürfen; eben so wenig können sie auf das Aussendeichsland, weil solches eigentlich einen Theil des Binnenlandes ausmacht, und durchgängig seine Grenzen nach der Richtung des Binnenlandes behält, einen rechtlichen Anspruch haben. Für das incommodum, auf fremdem Grunde und Boden den Deich zu unterhalten, genießen die Ländereybesitzer Sicherheit wider Ueberschwemmungen, denen sie sonst unvermeidlich unterworfen seyn würden. Ueberhaupt sind aber die Besitzer der weiter zurückliegenden Ländereyen immer weit besser daran, als die, deren Ländereyen unmittelbar hinter dem Deiche liegen. Nicht zu gedenken, daß die letztern ihren Grund und Boden, worauf der Deich ruhet, hergegeben haben, so laufen sie auch stets Gefahr, bey einem Deichbruche, ihre Ländereyen nicht nur durch Wracke, Kolke, oder Uebersandungen ruinirt zu sehen; sondern sie müssen es sich auch oft gefallen lassen, daß Chur- oder Kaideiche auf

ihren

ihren Ländereyen angelegt werden, und, wenn durch den geschehenen Bruch nicht wieder hindurchgedeicht werden kann, so bleibt ein Theil ihres vorhin durch den Deich gesicherten Landes ausserhalb Deichs, mithin den Fluthen ausgesetzt. Von allen diesen und ähnlichen, in der That bedeutenden Nachtheilen empfinden nun die weiter zurückliegenden Ländereybesitzer nur in den seltensten Fällen etwas. Vermöge dieser Gründe, und selbst nach der Billigkeit, ist also der Grundsatz wohl als richtig anzunehmen: daß das Aussendeichsland und dessen Benutzung, gemeinen Deichrechten nach, kein Accessorium des bloßen Deichkörpers, sondern des Binnenlandes ist. Und aus diesem Grundsatze folgt denn weiter: daß die einzelnen Deichhalter, deren Deich auf fremdem Grunde und Boden liegt, in der bloßen Eigenschaft eines Deichtheil-inhabers, auch auf die Alluvion, oder den Anwachs des Vorlandes, keinen gegründeten Anspruch haben, zumal schon nach dem gemeinen Rechte das angesetzte Stück demjenigen gehört, an dessen Länderey es sich angesetzt hat e). Sollte übrigens der bloße Besitz einer Deichflage auf fremdem Grund und Boden ein Miteigenthums- und Benutzungsrecht an dem Vorlande gewähren, so würden die Besitzer, deren Ländereyen unmittelbar an den Deich stoßen, durch ein solches principium großen Verlust leiden und steten Streitigkeiten ausgesetzt seyn; weil gerade das Aussendeichsland, sonderlich zur Hut und Weide, weit ergiebiger, als das Binnenland ist, indem jenes alle Jahr durch den Ueberlauf des Wassers erfrischet und verbessert wird. Es ist daher an den meisten Orten an der Elbe durch die Observanz bestimmt, daß das Aussendeichsland nicht zu dem Deiche, sondern zu dem Binnenlande gehört und dazu gerechnet wird. Oft wird dasselbe privativ genutzt, oder es tritt eine gemeinschaftliche Benutzung aller Eigenthümer desselben, z. B. durch Hut und Weide, ein, welches sich meistens nach der

e) Cramer wetzlar. Nebenstunden, Th. 9. S. 109. Wernher in Obs. forens. Vol. 3. Part. 4. Obs. 131.

der Convenienz eines jeden richtet, je nachdem er dabey interessirt ist, oder wie es ihm nach der Grenze, die das Binnenland ausweiset, zukommt.

5.

Inzwischen haben doch auch die Inhaber der Klipflagendeiche insofern ein Benutzungsrecht an dem Vorlande, welches vor ihrem Deichtheile liegt, daß sie die Erde oder Soden, behuf der Unterhaltung ihrer Deichflagen, davon nehmen können. Aber diese Befugniß erstreckt sich doch in der Regel nicht über das ganze Vorland, sondern an den meisten Orten ist dazu eine Normalbreite von zehn Ruthen durch die Observanz bestimmt. Auch gründet sich dieses Benutzungsrecht des Vorlandes, nicht in einem Miteigenthume desselben, sondern auf die Deichs-Societät f). Vermöge derselben wird die sogenannte Deichel-erde ohne Ausnahme von dem Butenlande genommen, und wenn das vor einem Deiche belegen gewesene Vorland durch die Gewalt des Strohms ganz weggebrochen ist; so wird die erforderliche Deich-erde von anderm Aussenlande genommen, wenn gleich solches vor ganz anderm Binnenlande liegt. Der Vortheil aller im Deichbande Gesessenen erfordert die Instandhaltung eines jeden Deichtheiles, mithin muß auch, des allgemeinen Bestens wegen, zunächst die nöthige Deichel-erde von dem Aussenlande erfolgen, ehe die Privatbenutzung desselben eintreten und zugelassen werden kann. Wenn indeß Jemand sein zur Deichel-erde bestimmtes Vorland auf andere Weise für sich benutzt, z. B. Weiden oder Reth darauf pflanzt, so verstehet es sich von selbst, daß er in diesem Falle die nöthige Erde nicht von dem andern oder seines Nachbarn Vorlande, ohne Vergütung, nehmen darf.

f) Lüneburg. Deichordnung, Art. 26 u. 31. Pract. Erörterungen, B. 2. S. 26 f.

II. Erörterung.

Der Käufer eines in der Folge retrahirten Grundstücks ist zur Erstattung der von demselben während der Retractsklage genossenen Früchte nur von der Zeit an verbunden, wo der Retrahent den Kaufpreis entweder baar angeboten, oder deponiret hat.

Bey den Römern war der Beyspruch nicht bekannt, wenigstens nicht auf die Weise, wie derselbe jetzt an manchen Orten Statt findet g); und vergebens würde man eine, den vorliegenden Gegenstand bestimmt entscheidende, Vorschrift in den Römischen Gesetzbüchern suchen h). Da, wo besondere Landesgesetze wegen der Wir-

g) C. F. Walch vom Näherrechte, Buch 1. Hauptst. 1. §. 3 u. f.

h) Eins der ältesten Gesetze, welches gewöhnlich zur Begründung des sogenannten Nachbarrechts angeführet wird, ist die Verordnung Kaisers Friedrich des 2ten de jure Protimiseos, Lib. V. Feud. Tit. 13; worin nebenher auch eines besondern Vorzugs der Nachbarn erwähnet ist. Dieses Gesetz, welches überhin, in Rücksicht

Wirkung des Retracts mangeln, müssen also blos Analogie und die aus der Natur des Beyspruchsrechts hergenommenen Gründe Auskunft geben.

Schwerlich wird man dem Käufer eines dem Retracte unterworfenen Grundstücks diejenigen vorhandenen oder nicht mehr existirenden Früchte absprechen können, welche derselbe erhoben hat, ehe sich der Retrahent wegen Ausübung des Beyspruchs auf eine gesetzmäßige Art meldete i). Zweifelhafter ist die Verbindlichkeit des Käufers, wegen derjenigen Früchte, welche nach der Anmeldung des auszuübenden Beyspruchs, und nach würklich angestellter Retractsklage, genossen sind. Selbst ein bonae fidei possessor ist, dem Gemeinen-Rechte nach, a tempore litis motae zur Erstattung der genossenen Früchte um deswillen verbunden, weil vorausgesetzt wird, daß er von der Zeit der gegen ihn angestellten Klage in malam fidem gekommen sey k).

Ohne Unbilligkeit kann man jedoch diese gesetzliche Bestimmung nicht auf den Käufer einer in der Folge retrahirten Sache anwenden.

Da

auf das Nachbarrecht, ziemlich undeutlich redet, gehöret aber wol zu der Menge der Verordnungen K. Friedrichs, welche bey uns, wegen ihrer großen Ungewißheit, keine verbindende Kraft haben. Struv. Syntagm. Jur. Feud. C. 1. §. 7. Nr. 10.

i) In Ansehung der vorhandenen, aber eingeerndteten Früchte, ist zwar Müller ad Struv. Exercit. 23. Th. 63. Tom. 1. pag. 1558 anderer Meinung, es paßt jedoch der von demselben angeführte L. 22. Cod. de rei vindic. nicht auf den Retrahenten, weil dieser, wenn er beyspricht, noch keinesweges als Eigenthümer zu betrachten ist.

k) L. 40 Dig. de heredit. petit. L. 4. §. 2. Fin. regund. L. 40 de acquir. rer. dom.

Da bona fides in der Unwissenheit des einem Andern auf eine Sache zukommenden Rechts bestehet, und ein etwaniges Retractsrecht keinesweges das Eigenthum auf die Sache giebt, wenn nicht der Retrahent sich jenes Rechts auf die gehörige Art bedienet; so darf das Ende der bonae fidei des Käufers nicht unbedingt in den Zeitpunkt gesetzet werden, wo ihm, dem Käufer, das Beyspruchsrecht denunciiret wird. Er weiß damit noch nicht, ob auch der Retrahent das angezeigte Recht gehörig ausführen, und die von ihm, dem Käufer, übernommenen Bedingungen hinlänglich erfüllen wird, und er kann daher immer bona fide in der Administration der Sache fortfahren l). Die bloße Ankündigung des Beyspruchs setzet solchergestalt den Käufer noch nicht in malam fidem, sondern es kömmt darauf an, wie sich der Retrahent bei der Ankündigung, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, bereit gezeiget hat. Bekanntlich bestehet die vorzüglichste Verbindlichkeit des Retrahenten darin, daß er sämmtliche Kaufbedingungen übernimmt, und den Kaufpreis bezahlet m).

Der Käufer ist durchaus nicht schuldig, das retrahirte Grundstück anders als gegen die volle und baare Erlegung des Kaufgeldes abzutreten; und da nur eine Oblatio realis, moram accipiendi begründet n): so folget hieraus, daß der Retrahent seiner Verbindlichkeit keineswegs ein hinlängliches Genüge leistet, wenn derselbe, indem er den Retract ankündiget, dabey stehen

 bleibet,

l) Leyser Spec. 455. Medit. 3.

m) Walch a. a. O. B. 1. Hauptstück 3. Abschn. 3. §. 1. u. f.

n) Sec. Analog. L. 9 Cod. de Solut. L. 19 Cod. de Usur. et L. 72 de Solut.

Carpzov Lib. 5. Resp. 99. Nr. 4. 5.

Hommel Rhaps. Observ. 140. Schulzen de Obligat. ac deposit. pecuniae vel rei debitae, Cap. 4. Nr. 2 seq.

bleibet, blos wörtlich zu erklären, daß er in den Kauf treten und das Kaufgeld bezahlen wolle. o) Nach der einstimmigen Meinung der bewährtesten Rechtslehrer p), hängt daher die Verpflichtung des Käufers zu der Erstattung der von dem retrahirten Grundstücke, während des Retracts-Prozesses, genossenen Früchte, der Regel nach, davon ab, ob der Retrahent dem Käufer das Kaufgeld baar — realiter — offeriret, und im Falle der verweigerten Annahme gerichtlich deponiret hat. Von der Zeit an, wo das Eine oder Andere geschehen ist, geräth der Käufer in die Verbindlichkeit zur Restitution der genossenen Früchte. Ist aber der Retrahent blos dabey stehen geblieben, die Retractsklage anzustellen, ohne das Kaufgeld realiter zu offeriren, oder dasselbe zu deponiren, so behält der Käufer die genossenen Früchte, selbst wäh-

o) Der Einwand, daß der Betrag des Kaufgeldes dem Retrahenten bey der Ankündigung des Beyspruchs noch nicht bekannt seyn könne, kömmt nicht in Betracht. Schwerlich wird jemand es wagen, einen Retract zu versuchen, ohne sich vorgängig von den Kaufbedingungen genau unterrichtet zu haben; und sollte der Retrahent auch würklich hierüber in Ungewißheit seyn, so stehet es ihm doch frei, sowohl von dem Käufer als dem Verkäufer, die Bekanntmachung des Kaufschillings und die Edition der Kaufpunctation sofort zu verlangen. Walch a. a. O. B. 1. Hauptst. 3. Abschn. 3. §. 8.

p) Voet ad Dig. Tit. de Lege Commiss. Nr. 27.
Wissenbach ad Dig. Disp. 36. Nr. 16.
Meier Coll. Jur. Argent. Tit. de Emt. Vend. Th. 29 in fin.
Bynkershoek Qu. Jur. Priv. L. 3. Cap. 14.
Cannengiesser Coll. Decis. Supremi Tribun. appellat. Hasso-Cassel. T. 2. pag. 428.
Walch a. a. O. B. 1. Hauptstück 3. Abschn. 3. §. 20 und 21. Not. 10.

während des Ganges der Klage. Gewiß würde es sehr unbillig seyn, wenn der Retrahent, während der Zeit, da er das Kaufgeld noch selbst nutzte, oder doch nutzen konnte, die Früchte des in Anspruch genommenen Landes zugleich mit lucriren sollte.

Diese Grundsätze werden auch, durch die Analogie des von dem mit dem Retracte ziemlich nahe verwandten Wiederkaufs handelnden L. 7. Cod. de Pactis inter Empt. et Venditor., bestätiget, worin es heißt: Si a te comparavit is, cujus meministi, et convenit, ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta, remitti hanc conventionem rescripto nostro, non jure petis. Sed, si se subtrahat, ut jure dominii eandem rem retineat: denunciationis et obsignationis, depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

In Sachen Schildt wider Dierks, wegen Beyspruchs, erkannte daher des K. O.A.-Gericht am 8ten Februar 1799 folgendermaßen:

„Nachdem der Käufer eines in der Folge retrahirten Grund„stücks, zur Erstattung der von demselben, während der Re„tractsklage, genossenen Früchte, der Regel nach, nicht anders „verbunden ist, als wenn der Retrahent den Kaufpreis, entweder „baar offeriret, oder deponiret hat; dieses aber, nach des Im„ploranten eigenem Geständnisse, im vorliegenden Falle nicht ge„schehen ist: so findet das angebrachte Gesuch, so wenig in Rück„sicht auf die Hauptsache, als wegen des Kostenspunkts, Statt. „Uebrigens verstehet es sich aber von selbst, daß der Implorat „verpflichtet ist, das in Frage seyende Land in dem Zustande „und in der Güte abzuliefern, worin sich solches zur Zeit des „Verkaufs befunden hat.“

II.

III. Erörterung.

Von der Anzahl der Kinder, wodurch die Entschuldigung, eine übertragene Curatel oder Tutel zu übernehmen, rechtlich begründet wird.

Nach dem Römischen Rechte, ist der Besitz mehrerer Kinder ein hinlänglicher und gesetzlicher Grund, die Uebernahme einer angetragenen Curatel oder Tutel auszuschlagen q). Die Anzahl der Kinder, welche den Vater von der Vormundschaft befreiete, war jedoch bey den Römern sehr verschieden. In Rom selbst brauchte jemand nur drei Kinder zu haben; in Italien waren vier erforderlich; und für die Provinzen war die Zahl auf fünf bestimmt r).

Da

q) L. 2. §. 2. Dig. de Excusation.

Es kann jedoch, wegen Menge der Kinder, eine bereits übernommene Vormundschaft keinesweges wieder abgegeben werden.

r) Pr. Instit. de Excusation.

Auch die emancipirten und zur Adoption gegebenen Kinder wurden bey dieser bestimmten Zahl mitgerechnet, L. 2. §. 2 et 3. L. 36. §. 1.

Da das Römische Recht in Deutschland im Allgemeinen angenommen ist: so kann man es wohl als zweifelfrei voraussetzen, daß da, wo besondere Statute und Landesgesetze nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnen, jener, von der Menge der Kinder hergenommene Entschuldigungsgrund noch jetzt bey uns seine völlige Kraft und Gültigkeit hat s). Ueber die Bestimmung der Kinderzahl, welche einen deutschen Vater von der Annahme einer Vormundschaft befreiet, sind indessen die Rechtslehrer sehr uneins.

Mehrere Schriftsteller behaupten unbedingt, daß in Deutschland fünf Kinder erforderlich wären, weil die für die Stadt Rom bestimmt gewesene Anzahl von drei Kindern als ein besonderes, auf die Beförderung der Bevölkerung abzweckendes, mithin einschränkungsweise zu verstehendes Privilegium zu betrachten sey, und weil wir Deutsche, in Hinsicht auf die Vorrechte der Stadt Rom, uns nur des in den Provinzen üblich gewesenen Rechts bedienen könnten t).

Andere

§. 1. Dig. de Excusat. keinesweges aber die selbst-adoptirten, die unehelichen, oder diejenigen Kinder, mit welchen die Mutter noch schwanger war. Arg. Leg. cit. In verschiedenen Landesgesetzen und Statuten ist die Anzahl der Kinder, welche zur Entschuldigung dienen sollen, beträchtlich erhöhet. Nach den Zelle'schen Stadtgesetzen z. E. kann sich nur der entschuldigen, wer acht lebendige Kinder hat. M. s. das Zelle'sche Stadtrecht, mit Anmerkungen begleitet von Theod. Hagemann. S. 210.

s) Das Gegentheil hiervon scheint zu behaupten: Schültz in Synops. Inst. T. de Excusat. lit. a.

t) Schulz l. c. Schilter Princ. Jur. Rom. Exerc. 37. §. 155. Berger Oecon. Jur. Lib. 1. Tit. 4. §. 8. Leyser Spec. 337. Med. 4.

Andere Rechtsgelehrte sind dahingegen der Meinung, daß bey uns eben sowohl, wie ehemals in Rom, die Anzahl von drei Kindern von der Uebernahme einer Vormundschaft befreien müsse u); und zu leugnen ist es freilich nicht, daß, da Deutschland nie eine Römische Provinz war, und da überhin Antonin allen Städten die Vorrechte der Stadt Rom beylegte x), wir wohl hinlänglichen Grund haben mögten, uns in diesem Stücke den Bürgern des alten Roms gleichzustellen.

Schwerlich wird man behaupten können, daß jemand irret, wenn er die eine oder die andere dieser Meinungen annimmt. Am sichersten gehet man bey der Beantwortung der Frage: wie viel Kinder zu der rechtlichen Ablehnung einer Vormundschaft erfordert werden? gewiß, wenn man vor allen Dingen auf das örtliche Herkommen y) und auf die über diesen Gegenstand ergangenen Entscheidungen der höchsten Landes-Gerichte Rücksicht nimmt. Das K. O.A.-Gericht hat in mehreren Fällen neuerer Zeit angenommen, daß die Zahl von drei Kindern von der Uebernahme einer Vormundschaft befreie, und es ist daher unter andern am 23sten Januar 1798, in Sachen Jürgens wider Reyelt, folgendes abänderndes Rescript an das K. H.Gericht zu Stade erlassen:

Da nun Implorant, durch das auf Eid und Pflicht ausgestellte Zeugniß des Richters Kothhöver zu Oberndorf, hinläng-

u) Stryk Us. Modern. Pand. Lib. 27. Tit. 1. §. 2.
Struv Jurispr. forens. Lib. 1. Tit 25. Aphor. 2.

x) L. 17. Dig. de Stat. hom.

y) Lauterbach Coll. Th. Pract. L. 27, Tit. 1. §. 5.
Heineccius Elem. Jur. Civ. secund. Ord. Institut. L. 1. Tit. 27. §. 273.

länglich bescheiniget, daß er würklich drei leibliche Kinder am Leben habe, das Daseyn dreier Kinder aber ein in den Gesetzen gebilligter Grund ist, um ihn von Uebernahme der Vormundschaft zu befreien; — so habt Ihr, mit Beyseitsetzung der bisherigen condemnatorischen Erkenntnisse, den Imploranten von Uebernahme der Vormundschaft für weil. Krusen Kinder zu befreien, und dem Amte Neuhaus aufzugeben, statt seiner, einen andern Vormund zu bestellen.

IV. Erörterung.

Von der Verpflichtung mehrerer Vormünder, den Pupillen, wegen schlechtgeführter Administration, zu entschädigen.

Der Fall tritt nicht selten ein, daß entweder der Vater im Testamente mehrere Vormünder bestellt hat, oder daß mehrere gesetzliche Vormünder vorhanden sind, welchen die Vormundschaft übertragen wird. Gewöhnlich nehmen nicht alle an der Verwaltung des Vermögens Antheil, sondern einer pflegt die Administration zu übernehmen, und die andern werden als Ehrenvormünder betrachtet. z) Wenn nun aber bey der Vormundschaft übel hausgehalten, und der Pupill in Schaden gebracht ist; so entstehen gewöhnlich über die Concurrenz zum Schadensersatz, und welcher Vormund **zunächst** von dem Pupillen in Anspruch zu nehmen sey, vielfache Streitigkeiten, und es verdient daher dieser Gegenstand eine kurze Erörterung.

Wenn

z) Von der Wahl eines administrirenden Vormundes, welcher seinen Mitvormündern Caution stellen mußte, s. m. §. 1. J. de Satisdat. tutor. Hoppii Commentar. ad institut. ex edit. Walchii Lib. 1. Tit. 24. §. 1.

Wenn mehrere Vormünder bestellt sind, und alle haben die Administration des pupillarischen Vermögens zugleich besorgt, und der Pupill hat nachgehends actione tutelae zu klagen; so wird in den Gesetzen der Pandecten unterschieden: ob sie alle solvendo sind, oder nicht? In jenem Falle tritt das beneficium divisionis ein, mithin haftet ein jeder Vormund pro rata a); in diesem hingegen müßten die solventen Vormünder, für den nicht zahlungsfähigen Vormund, dem Pupillen für allen Schaden haften b). Diese gesetzlichen Bestimmungen sind so gerecht, als billig. Sie bezwecken die Sicherstellung des Pupillen; und wer die vormundschaftliche Verwaltung ungetheilt mit mehrern zugleich übernimmt und führt, muß auch für alles, ex gesta tutela, mithaften.

Von diesen Vorschriften des Pandectenrechts sind die neuern Verordnungen des codicis zu unterscheiden, und die letztern bestimmen ganz andere Fälle. Wenn nämlich mehrere Vormünder ernannt oder bestellet worden, so sind die vormundschaftlichen Geschäfte zwischen ihnen entweder judicis vel testatoris voluntate getheilt, oder sie haben die Gegenstände der vormundschaftlichen Verwaltung nach eigenem Gutfinden, propria auctoritate, unter einander vertheilt. Im ersten Falle soll ein jeder Vormund nur für sein angewiesenes Departement, für seine Function zu haften, die übrigen Mitvormünder aber nicht nöthig haben, das

 peri-

a) Et, si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus, exemplo fidejussorum. L. 1. §. 11. D. de tutelae et ration. distrah.

b) Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt, dividitur actio; sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. L. 1. §. 12. cit.

periculum deshalb zu übernehmen c); ausgenommen in den Fällen: Si per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit; vel suspicionis caussam agendo sua sponte jura pupilli prodiderunt. In allen diesen Fällen sollen sich die übrigen Vormünder selbst durch die Einrede nicht schützen können, daß sie diesen Vermögenstheil des Pupillen nicht unter ihrer Administration gehabt hätten; vielmehr sollen sie dennoch allezeit in subsidium dem Pupillen verhaftet bleiben. Im letztern Falle müßten zwar alle Vormünder in subsidium für das periculum einstehen; allein der Pupill kann und muß doch den administrirenden Vormund, wenn derselbe solvent ist, in solidum et primo loco auf den Ersatz des Schadens belangen d); denn wenn er die nicht administrirenden Vormünder zugleich mit in Anspruch nimmt, so haben die letztern das beneficium ordinis vel excussionis e). Die Actio tutelae et rationibus distrahendis findet auch gegen die Erben des administri-

c) L. 2. C. de dividenda tutela.

d) Si vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adolescens, unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat. L. 2. C. in fin. de divid. tutela. Noch bestimmter aber heißt es in der L. 3. C. eod. Licet tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur; tamen eum qui administravit, si solvendo sit, primo loco, eiusque successores conveniendos esse, non ambigitur.

e) Hellfeld in jurispr. forensi, §. 1336. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1101. Westphals öffentl. und privat. Rechtsgutachten, Lib. 26. Tit. 6. §. 8. Wernher P. III. Obs. 56.

nistrirenden Vormundes allein Statt, wenn dolus oder culpa lata ihres Erblassers gezeigt werden kann; und die letztere ist wenigstens sodann bey einem verwaltenden Vormunde anzunehmen, wenn derselbe gar keine Rechnungen eingebracht und abgelegt hat. Auf diese Weise lassen sich also die Gesetze der Pandecten und des Kodex sehr gut vereinigen. In der That sind auch die letztern, weil die Sicherheit des Pupillen dadurch gar nicht in Gefahr kommt, der Billigkeit sehr angemessen. Der natürlichen Billigkeit, mit welcher die Gesetze übereinstimmen, ist es völlig gemäß, daß die Klage zuerst gegen den Vormund oder dessen Erben gerichtet wird, welcher den Schaden durch seine Handlungen veranlaßt hat, ehe man den Vormund in Anspruch nimmt, welcher gewissermaßen blos ein Zuschauer dabey gewesen ist. Das beneficium divisionis hat daher nur dann Statt, wenn alle Vormünder zugleich administrirt haben, und solvendo sind. Mit Grunde behauptet deßhalb Voet f), daß die Abtretung der Klage und die damit zu erreichende Division nur dann eintreten könne: quoties contutor ex culpa communi damnatus, non autem, si damnatus est ex sua et propria culpa. Denn sobald nur einer die Vormundschaft wirklich geführt hat, so wird derselbe principaliter verantwortlich, und der Pupill hat nicht nöthig, sich an die contutores non administrantes, welche ihm gleich exceptionem ordinis opponiren würden, verweisen zu lassen. Ist indeß der Nachtheil des Pupillen ex culpa communi erwachsen, und hat der nicht administrirende Vormund in dem einen oder andern Stücke zu dem Schaden des Pflegbefohlnen mit concurrirt, so findet, auch ohne Abtretung der Klage, die actio utilis wider denselben Statt g). Indeß muß doch wohl un-

f) ad pandect. Lib. 27. Tit. 4. §. 9.

g) Hiervon heißt es in der L. 39. §. 11. D. de administr. tut. Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis mis-

unstreitig das beneficium divisionis und alles Klagerecht wider den Mitvormund alsdann gänzlich hinwegfallen, wenn der tutor gerens ex proprio dolo vel culpa von dem Pupillen in solidum besprochen, z. B. wenn er allein und für sich die Capitalien des Pupillen benutzt, oder zinslos hat liegen lassen; wenn er unrichtige Rechnung abgelegt, mehr in Ausgabe und weniger in Einnahme gebracht hat u. s. w., und deßhalb condemnirt wird, den Schaden und Rechnungsrest dem Pflegbefohlnen zu erstatten. Die Gesetze wollen blos den Pupillen sichern, aber einem pflichtvergessenen oder nachlässigen Vormund keinen Regreß wider seinen unschuldigen Mitvormund, auf unverdiente Entschädigung, ertheilen h).

In Hinsicht des Beweises kommt es übrigens darauf an: ob der gewesene Pupill selbst wider mehrere seiner Vormünder klagt; oder ob die Vormünder wider einander, in Absicht der Concurrenz zur Erstattung des Cassendefectes, klagen? Im ersten Falle muß der in Anspruch genommene Vormund die except. excussionis, oder den Umstand erweisen, daß er an der Vermögensverwaltung und Cassenadministration keinen Antheil genommen habe; weil die Vermuthung für die gemeinschaftliche Vermögensverwaltung, in Hinsicht auf den Pupillen, streitet, und über-

miscuerunt, sed communi negligentia periit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat.

h) Sehr gegründet ist es daher, was in der L. 38. §. 2. D. de administr. tutor. von diesem Falle verordnet ist, wenn es daselbst heißt: Quaerendum est, an actiones pupillus ei tutori, qui solus convenitur, in alterum tutorem pro parte praestare debeat? Sed, cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?

überhaupt der Excipient seine auf factische Umstände beruhenden Einreden zu erweisen hat. Im letzten Falle hingegen muß der klagende Vormund zeigen, daß der beklagte Mitvormund vormundschaftliche Gelder miterhoben, die Casse mitgeführt, und zu dem Kassenreste beygetragen habe; denn daraus, daß mehrere Vormünder bey der Uebernahme der Vormundschaft mit gleichen Pflichten belegt worden; daß sie das Inventarium gemeinschaftlich aufgenommen, und die Rechnungen gemeinschaftlich eingereicht und unterschrieben haben, folgt nicht, daß auch der eingetretene Defect von mehrern Vormündern zu gleichen Theilen getragen werden müßte. Alles beruhet hierbey vielmehr darauf, wer alle Baarschaft ausschließungsweise eingezogen, die Casse allein geführt und den Cassenrest veranlaßt hat i).

i) Gmelin und Elsässer jurist. Beobachtungen. B. 4. Nr. 18.

V. Erörterung.

Fortgesetzte Beyträge zum Bienenrechte.

1.

Unter die Abgaben, welche von den Bienen zu entrichten sind, gehört auch das Flucht- oder Geleitsgeld. Es wird sowohl von ausländischen, als auch einländischen Bienen, wenn die letztern aus einem Amte in das andere gebracht werden, bezahlt k). Nur in dem Falle fällt diese Abgabe hinweg, wenn Jemand seinen Bienenzaun mit eigenen Immen besetzt, oder solchen an Eingesessene und Unterthanen desselben Amts vermiethet. In beiden Fällen genießen die Imker, als Amtsunterthanen, ohnehin schon des Bienenschutzes. Die Abgabe selbst muß aber von den Imkern und nicht von dem Eigenthümer der Stelle entrichtet werden. Jene bedürfen den Schutz ihrer darin aufgestellten Bienen, nicht der Letztere; und in dem Oldenstädschen Landtagsabschiede ist §. 24. ausdrücklich bestimmt, daß diejenigen, so Immen hereinbringen, das Geleitegeld an die Aemter geben

k) Pract. Erörterungen, B. 2. Erört. 7. §. 12.

geben sollen. Die Abgabe ruhet also nicht auf dem Immenzaune, wie auch von der Zelleschen Canzley am 15. Oct. 1787, in Sachen Rodewald c. Lodders, in pto. Fluchtgeldes, erkannt ist.

2.

Am 17. Dec. 1799 hat die Königl. Cammer zu Hannover ein allgemeines Ausschreiben an die sämmtlichen Aemter und Amtsvoigteyen des Fürstenthums Lüneburg, das Immen-Fluchtgeld betreffend, erlassen, welches dahin gehet:

Unsere ꝛc. Nachdem wir auf eine von der Landschaft des Fürstenthums Lüneburg bey Königl. Regierung übergebene Vorstellung uns erklärt, auf die Erhebung des Immen-Fluchtgeldes an solchen Orten, wo den Begüterten vom Adel die Nieder- oder Feldgerichte zustehen, nicht anders Anspruch machen wollen, als wenn dergleichen von den herrschaftlichen Aemtern erweislich hergebracht, oder ihnen auch durch besondere Verträge überlassen sey, so wird euch solches zur Nachricht und Direction hiermit unverhalten.

Weil indeß über die eigentliche Beschaffenheit des Immen-Fluchtgeldes verschiedentlich Zweifel entstanden, und solches mit andern auf der Bienenzucht haftenden Abgaben häufig verwechselt ist; so communiciren wir euch zugleich einen Extract aus einem, von dem Amtsadvocaten Dr. Frankenfeld erforderten Gutachten, worin sich diese Verschiedenheiten auseinandergesetzt finden; Und wir sind ꝛc. Hannover den 17. Dec. 1799.

Der beygefügte Extract aus dem gutachtlichen Berichte des Dr. Frankenfeld enthält folgendes:

Von den Bienen werden in dem Fürstenthum Lüneburg und der damit verbundenen Grafschaft Dannenberg verschiedene Ab-

gaben entrichtet, welche in ältern Zeiten, nach Anweisung der ältern von mehrern Aemtern, theils meinen Vorgängern, theils noch neuerlich mir selbst communicirten Acten, sehr oft mit einander verwechselt sind, und dadurch Gelegenheit zu Mißverständnissen und Irrungen gegeben haben, welche dadurch noch oft vermehrt sind, daß die Hebung jener Gefälle, wovon ausser dem, was den Gutsbesitzern davon zukommt, ein Theil in die herrschaftlichen Register und ein Theil in die landschaftliche Casse (in den Schatz) fließt, den Beamten oder Amtsunterbedienten übertragen war. Zu diesen Abgaben gehört:

1) das Stättegeld. Dies wird von dem Eigenthümer der Bienenstöcke dem domino fundi für die Erlaubniß, auf dessen fundo die Bienenstöcke aussetzen zu dürfen, erlegt, und ist als ein wahres locarium anzusehen, mithin auch aus der Natur des Miethcontracts zu beurtheilen. Dies erhält der Regel nach der Gutsmann, weil ihm das dominium utile an dem fundo zustehet, und er alle Nutzungen des Meierlandes genießt, nicht der dominus directus l). Daher auch die Gemeinde, wenn die Bienenstöcke auf Gemeinheitsplätzen ausgesetzt werden, solches erhält; es wäre denn, daß das Herkommen oder Verträge an einem oder dem andern Orte, oder in einem ganzen Amte, hierüber ein anderes bestimmten.

2) die Contribution. Diese wird blos von den Leibimmen m) bezahlt, und nach dem Ausschreiben vom 19. Dec. 1609, soll jetzt für jeden Stock 1 Pfenn. von den Contributionspflichtigen, entrichtet werden; statt dessen aber gewöhnlich von einer

l) von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen. B. 1. Nr. 50. u. B. 2. Nr. 7. S. 105.

m) Corp. Const. Cell. cap. 6. pag. 23.

einer jeden Dorfschaft nur ein gewisses quantum in die Receptur bezahlt wird.

3) der Viehschatz. Dieser wird von den Leib-immen, in Gemäßheit des Oldenstädtschen Landtagsabschiedes v. J. 1624, jährlich in die Receptur, und zwar jetzt mit 1 Mgr. 6 Pfenn. für jeden Stock, von dem Schatzpflichtigen bezahlt.

4) der Impost. Nach dem gedachten Landtagsabschiede sind alle Imker, welche ihre Bienen aus andern Provinzen und Aemtern, ausserhalb des Fürstenthums Lüneburg und der Grafschaft Dannenberg n), in das Geblümte des Fürstenthums Lüneburg bringen, schuldig, für jeden Stock 1 Schilling in das Schatz-aerarium dieses Fürstenthums zu zahlen, die Bienen mögen übrigens auf einem freien oder pflichtigen fundo niedergesetzt seyn. Dieser Impost wird gewöhnlich von den Beamten oder Amts-unterbedienten gehoben, und wird in den ältern, vorzüglich den aus der Registratur des Amts Hitzacker mir communicirten Acten aus dem vorigen Jahrhundert sehr häufig irrig Fluchtgeld genannt, und hat eben diese Verwechselung der Benennungen schon unter den hochseeligen Herzögen Gelegenheit zu manchen Differenzen gegeben.

5) der Immenzehnten. Nach der Lüneburg. Zehntordnung vom 9. Jun. 1692, sollen von allen Immenstellen der Zehntpflichtigen dem Zehntherren die Zehnt-immen entrichtet werden.

6) der Immenzoll. Dieser wird bey den Zoll- und Weggelds-Stationen, welche die Immen, wenn sie verfahren werden, passiren, von den Zehntpflichtigen entrichtet.

n) Rescript vom 15ten May 1699 in corp. Const. Cell. cap. 6. Nr. 184.

7) das Bekenngeld bey den auf einem herrschaftlichen fundo ausgewiesenen Bienenstellen, welches in die Amtsgeld-Register gewöhnlich bezahlt zu werden pflegt. Endlich

8) das Flucht- oder Geleitegeld. Dies wird, wenn die Immenstelle mit fremden Immen aus andern Gegenden, ausserhalb Amts und des Gerichtsbezirks, oder aus andern Aemtern und Gerichten besetzt wird, für den, den fremden Immen und dem Imker ertheilten Schutz bezahlt.

VI. Erörterung.

Von der Verbindlichkeit des Jagdeigenthümers, den in seinem Jagdbezirke durch das Wild veranlaßten Schaden zu ersetzen.

1.

Den Römern war unsere jetzige deutsche Jagdberechtigung völlig unbekannt. Vergebens würde man daher in dem Gemeinen-Rechte eine directe Bestimmung über die Befugnisse und Verbindlichkeiten des Jagdeigenthümers, wegen des in seinem Jagdbezirke vorhandenen Wildstandes, suchen. Ein diesen Gegenstand völlig entscheidendes Landesgesetz ist bislang für die Chur-Hannoverschen Provinzen nicht vorhanden, und die Frage: In wiefern ein Jagdberechtigter zu der Vergütung der in seinem Jagdreviere vorkommenden Wildschäden schuldig sey? muß also lediglich nach der Analogie allgemeiner Rechtsgrundsätze, in Verbindung mit einer billigen Rücksicht auf das Herkommen und die in jedem einzelnen Falle eintretenden Umstände, entschieden werden. Jede aus solchen Quellen herzunehmende Entscheidung ist schon an sich mehrentheils schwierig. Besonders zweifelhaft wird aber die hier zur Erörterung gebrachte Frage dadurch, daß die

die Rechtslehrer, sowohl über die Beantwortung derselben, als über die dabey anzuwendenden Grundsätze, sehr verschiedener Meinung sind *).

2.

Mehrere juristische Schriftsteller gehen von dem Grundsatze aus, daß das Wild, sobald und solange sich dasselbe in der Wildbahn oder dem Jagdbezirke eines Jagdeigenthümers aufhalte, schon in seinem wilden lebendigen Zustande, bevor es gefangen oder getödtet wird, als ein wahres Eigenthum des Jagdherrn zu betrachten sey o). Sie folgern hieraus, daß der Jagdherr unbedingt verbunden sey, jeden durch sein ihm eigenthümliches Wild angerichteten Schaden zu vergüten, und sie legen dem Beschädigten, um den Ersatz des erlittenen Schadens gerichtlich einzufordern, mehrere aus dem Römischen Rechte hergenommene Klagen bey, nämlich entweder Actionem de pastu; oder Act. util. Leg. Aquiliae, oder auch Act. ex Edicto Dig.: si quadrupes paup. fecisse dic. p).

Für

*) Man vergl. hierbey: Häberlins Handbuch des deutschen Staatsrechts §. 373. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts §. 160.

o) Schilter Prax. Jur. Rom. Exerc. 45. §. 4. Leyser Spec. 440. Med. 2.

p) Hildebrand Diss. de conservat. ferarum nociva, §. 13. Runde's, Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 160. Schilter l. c. Exercit. 4. §. 18. Kress Specim. Jurispr. priv. Lib. 1. Tit. 3. §. 5. Seuffert Diss. de damno per ferarum incurs. in agris dato. Wirceb. 1788. Vergl. Klüber kleine jurist. Bibliothek. St. 16. S. 405 ff.

Für die Behauptung, daß das Wild als ein wahres Eigenthum des Jagdherrn betrachtet werden müsse, scheinen nicht allein einige Stellen des alten Sächsischen und Schwäbischen Rechts q), sondern auch der Umstand zu reden, daß jeder, der unbefugter Weise Wild fänget oder erleget, in Rücksicht auf den Jagdherrn als ein Dieb angesehen und bestrafet wird, welches, nach dem Begriffe eines Diebstahls, die Zueignung des einem bestimmten Dritten (und hier dem Jagdherrn) zustehenden Eigenthums voraussetzet. Auch ohne alle hieraus herzuleitenden Folgen, wird übrigens nicht leicht die Härte und Unbilligkeit verkannt werden können, welche ursprünglich darin liegt, daß jemand im Staate berechtigt seyn soll, eine seinen Mitbürgern schädliche wilde Thierart zu seiner Privat-Disposition zu haben, ohne zugleich wenigstens die Verbindlichkeit zu dem Ersatze des durch die privilegirten Thiere verursachten Schadens zu übernehmen.

Das Vergnügen und der unbedeutende Vortheil, welchen die Jagd einzelnen Jagdberechtigten gewähren, stehen mit dem Schaden, den das Roth- und Schwarz-Wild in den Aeckern der Landleute anrichtet, nicht in dem entferntesten Verhältnisse. Kein Jagdberechtigter trägt, als solcher, zu den Landeslasten bey; der Landmann muß aber von den Früchten des im Schweiße seines Angesichtes bestellten Ackers nicht allein leben, sondern auch seine Abgaben erwerben. Nach aller Billigkeit kann derselbe daher darauf Anspruch machen, daß ihm, ohne einen hinlänglichen Ersatz, auch nicht der geringste Theil der Frucht seines Fleißes durch

q) In dem Schwäbischen Landrechte heißt es, Cap. 237. §. 7 und 8: Ain jeglich Wild ist aines Mannes mit Recht, dieweil es in seiner Gewalt ist; kumpt es aber aus sainem Wildpann, so ist es nicht sein. — In der Glosse zum Weichbilde aber heißt es, ad Artic. 122: Das Wild ist sein, dieweil es in seinem Gehege ist.

durch Thiere vernichtet werde, die er selbst, ohne ein Verbrechen zu begehen, nicht tödten darf r).

3.

So überzeugend diese und mehrere andere, leicht aufzufindende Gründe zu seyn scheinen, und so sehr solche verdienen mögten, bey der Abfassung einer künftigen Jagdverordnung in Erwägung gezogen zu werden; so treten doch, gegen unbedingte Anwendung derselben, bey den jetzigen Verhältnissen der Jagdberechtigung, manche rechtliche Zweifel ein, welche das K. O.A.-Gericht bewo-

r) In Gemäßheit dieser Grundsätze behauptet besonders Hildebrand l. c. §. 7: daß der Jagdherr, statt der noxae dationis, den Unterthanen allenfalls verstatten müsse, das schädliche Wild selbst zu erlegen. Er will aber auch selbst dieses §. 9 in dem Falle nicht einst für hinlänglich halten, um den Jagdherrn von dem Schadensersatze zu befreien, wenn demselben, wegen zu starker Hegung des Wildes, eine Culpa zur Last fällt.

Der Krüger Weusthof klagte im Jahr 1794 wider das Forstamt Zelle auf eine Entschädigung, weil die wilden Schweine ihm einen Theil seiner Feldfrüchte verwüstet hätten. Die Zelle'sche Justitzcanzley legte dem Kläger zuvörderst den Beweis auf: daß der zugefügte Schaden wirklich durch wilde Schweine geschehen und sich so hoch belaufe, als er angegeben sey. Im Urtheile vom 30 Dec. 1795 ward darauf erkannt: Alldieweil Implorant dasjenige, so ihm rechtskräftig zu erweisen obgelegen und er sich angemaßt, hinlänglich dargethan hat, daß daher Implorat nunmehro schuldig sey, den klagbar gemachten Schaden mit 22 Rthlr. Cass.-Münze dem Imploranten zu erstatten. Vergl. übrigens Münter von der Erfahrung in der ausübenden Rechtskunde. Th. 1. Seite 131 ff.

bewogen haben, in vorgekommenen Rechtsfällen, die Verbindlichkeit des Jagdherrn zu der Vergütung der Wildschäden, nur unter gewissen Einschränkungen, anzunehmen.

4.

Nach dem Römischen Rechte ist es ausgemacht, daß wilde Thiere, so lange solche nicht geschossen oder gefangen sind, ad res nullius gehören s). Einige Ausdrücke des Schwabenspiegels und des Glossators zum Sächsischen Weichbilde, welche schon oben vorgekommen sind, und woraus ein dem Jagdherrn zustehendes Eigenthum an dem Wilde hergeleitet werden soll t), beweisen das, was sie darthun sollen, wohl schwerlich. Denn einestheils haben der Schwabenspiegel und die Glossen zum Weichbilde bey uns keine gesetzliche Kraft, und anderntheils gieng die Absicht der Verfasser jener Stellen wohl nicht dahin, dem Jagdherrn ein wirkliches Dominium an dem herumstreifenden Wilde beyzulegen; sie wollten vielmehr nur soviel sagen, daß dem Jagdherrn die ausschließliche Befugniß zustehe, das Wild in seiner Jagdbahn zu occupiren u). Man darf daher bey den Grundsätzen des Römischen Rechts um so mehr stehen bleiben, als selbige der Natur der Sache am angemessensten zu seyn scheinen, und bey dem Wilde, welches nach Belieben aus einem Jagddistricte in den andern wechselt, und dadurch, wenn man es so annehmen will,

s) L. 1. §. 1. L. 2 et 3 Dig. de acquir. rer. dom. §. 12. Inst. de Rerum divis.

t) Schilter Prax. Jur. Rom. Exerc. 45. §. 4.
Hildebrand Diss. de Conservat. ferarum nociva §. 8. Leyser Spec. 440. Med. 2.

u) Riccius zuverlässiger Entwurf von der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit. Cap. 1. §. 40.

will, sich jedesmal einen neuen Eigenthümer selbst erwählet, ein eigentliches Dominium sehr zweifelhaft ist.

5.

Gesetzt indessen, man wollte ein solches Eigenthumsrecht des Wildes statuiren; so würde doch daher auf eine unbedingte Verpflichtung des Jagdherrn zu der Vergütung der Wildschäden noch nicht geschlossen werden können.

Nach Römischen Rechten findet zwar gegen den Eigenthümer eines Thiers, welches Schaden anrichtet, die Actio de pastu, oder de pauperie indistincte Statt. Allein auf wilde Thiere, welche, nach Römischen Begriffen, sich in keines dominio befinden, erstrecket sich dieses nicht. Es lässet sich daher auch nicht schließen, daß, wenn nach Deutschen Rechten ein dominium ferarum Statt fände, deshalb auch jene Klagen bey den wilden Thieren anwendbar seyn müßten, wenn nicht auch dieses insbesondere aus der Deutschen Verfassung begründet werden kann. Das letztere zu behaupten, bleibt aber sehr schwierig; denn wenn gleich nach Deutschen Rechten zahmes Vieh, welches zu Schaden gehet, eingepfändet werden darf: so sind doch dergleichen Einpfändungen bey dem Wilde nirgend verstattet. Ueberhaupt tritt bey dem Wilde ein ganz anderes Verhältniß ein, als bey dem zahmen Viehe, welches entweder in sicherem Gewahrsam gehalten, oder gehütet werden muß. Bey dem Wilde ist aber die gänzliche Verhütung alles Schadens an den Feldfrüchten nicht wohl möglich, wenn man es dem Jagdherrn nicht etwa zur Pflicht machen will, das Wild in einen Thierpark einzuschließen x). Es würde dem-

x) Der würdige Herr Landrath v. Behr zu Stellichte im Fürstenthume Lüneburg, hat aus eigenem Antriebe dieses Mittel angewendet, um seinen Wildstand den Unterthanen völlig unschädlich zu machen.

demnach demjenigen, der den Ersatz eines Wildschadens fordert, nur entweder die Actio in factum, ob damnum injuria datum, oder die Actio utilis ex Lege Aquilia, gegen den Jagdherrn zustehen. Beide Klagen sind aber nicht auf jedes damnum simplex gerichtet, sondern es wird, zur Begründung derselben, der von dem Kläger zu führende Beweis eines damni qualificati, oder eines solchen Schadens erfordert, der per culpam des Beklagten zugefüget ist y).

6.

Eine culpa auf Seiten des Jagdherrn tritt unstreitig dann ein, wenn das Wild zu sehr geheget wird; und viele bewährte Rechtslehrer sind daher der Meinung, daß der Jagdherr nur den durch eine zu starke Hegung des Wildes veranlaßten Schaden zu ersetzen schuldig sey z). Das Roth- und Schwarz-Wild

 ruinirt

y) Arg. Leg. 2. Dig. de Probat.
Lauterbach Coll. Th. Pract. Lib. 9. Tit. 2. §. 17.

z) Seckendorf Deutsch. Fürstenstaat. P. 3. C. 3. Reg. 5. §. 1.
Lauterbach l. c. Lib. 41. Tit. 1. §. 25.
Riccius zuverläss. Entwurf von der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit. Cap. 1. §. 40.
Gail Lib. 2. Obs. 68. Nr. 10.
W. G. v. Moser, Grundsätze der Forstwissenschaft, Th. 2. Seite 656.

Auf eine übermäßige Hegung des Wildes ist auch das von Runde in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts, §. 160, allegirte Reichs-Hofraths-Conclusum v. J. 1717 i. S. der Späthen von Zweyfalten wider Hohenzollern Hechingen, lediglich gegründet. S. Reichs-Hofraths-Concl. Th. 1. Seite 550. und Riccius a. a. O. Cap. 9. §. 19. — das allgemeine Land-

ruinirt da, wo es in zu großer Menge vorhanden ist, die Feldfrüchte dermaaßen, daß der Ackerbau und die Conservation des Landmannes mit einer unbeschränkten Vermehrung desselben gar nicht bestehen können. Es verstehet sich daher bey der Jagdgerechtigkeit die Einschränkung von selbst, daß solche nur mit möglichster Schonung der Felder exerciret werden dürfe, und daß der Jagdherr, da er den Unterthanen nicht verstattet, die ihnen schädlichen Thiere selbst zu erlegen, für die verhältnißmäßige Verminderung derselben sorgen müsse. Indessen ist es auch bey der größten Sorgfalt nicht wohl möglich, allen Schaden zu verhüten, wenn nicht das Wild ganz ausgerottet werden soll; und hierzu, oder, was einerley seyn würde, zu der gänzlichen Aufhebung der Jagdberechtigung, kann man den, der letztere einmal hergebracht hat, wohl nicht für verpflichtet halten.

Wenn in dem, der Calenbergischen Landschaft am 3ten April 1639 ertheilten, Landtags-Abschiede §. 7. gesaget wird: desgleichen thut sich der gnädigste Landesfürst nochmals gnädig anerbiethen, daß Se. Fürstl. Gnaden es mit der Wildbahne also anordnen und halten wollen, daß daher den Unterthanen kein Schade geschehen möge, und daß zu solchem Ende S. F. G. das Wildprett zu rechter Zeit schlahen, auch den Unterthanen des Schrekken und Abjagen mit guter Bescheidenheit verstatten, und sonsten zu der Leute Schaden keine neue Wildbahne anrichten wollen a); so ergeben die letzteren Modificationen deutlich genug, daß der Landesherr sich nur anheischig gemachet habe, vermittelst der angegebenen Maaßregeln, dem Wildschaden, so viel möglich, vorzubeugen,

Landrecht für die Preussischen Staaten hat (Th. 1. Titel 9. §. 144 und 147.) eben diese Grundsätze, den verursachten Wildschaden zu ersetzen, angenommen.

a) Sammlung. Calenberg Landes-Ordnungen. Cap. 8. S. 79. u. f.

beugen, und daß er nicht ganz unbedingt für allen dergleichen Schaden einzustehen, sich habe verpflichten wollen; denn wäre dieses die Absicht gewesen, so hätte von keinem, den Unterthanen zu verstattenden Schrecken und Abjagen des Wildes die Rede seyn können. Even diese Bemerkungen gelten auch von dem bereits durch den Druck bekannten Rescripte, welches K. Cammer i. J. 1771 an den damaligen Oberjägermeister, Grafen v. Oeynhausen, wegen der Wildschäden erlassen hat b). Ohne Zwei-

b) Der Inhalt dieses Rescripts ist wörtlich folgender: Dem Herrn Ober-Forst- und Jägermeister ist erinnerlich, was wegen der häufigen Wildbeschwerden im Amte N., und wegen deren Abhelfung, Wir an demselben unter verschiedenen mahlen abzulassen, uns gemüssiget gesehen. Da nun diese Abhelfung bislang nicht erfolget ist, vielmehr der Ort N. durch 4 Anlagen dargethan hat, daß sie dieses Jahr, blos in den Wicken- und Gersten-Feldern, durch das Wild einen Schaden von 219 Thlrn. erlitten, und dann Ihro Königl. Majestät u. s. w. durchaus wollen, daß das Wild bis zur Unschädlichkeit weggeschossen werden soll; auch zu dem Ende, bey der resolvirten Verpachtung eines Theils der Wildbahn, festgesetzt haben: daß, wenn in den reservirten Theilen zum Gehäge dennoch durch das Wild Schaden geschähe, solcher vergütet werden sollte; So können Wir nicht anders, als jenen Antrag nochmals dahin zu wiederholen, daß der Herr O. F. und J.-Meister die Wegschießung des Wildes bis zur Unschädlichkeit forderſamst verfügen, und Uns, daß dieses geschehen und befolget sey, berichten solle, auch durch Angebung des Quanti, welches erlegt worden, und daß selbiges dem jetzigen Wildstande in diesen Districten sich gemäß befinde, des forderſamsten glaublich documentiren möge. Widrigenfalls Wir Uns gemüssiget sehen werden, bey Ihro Königl. Maj. darauf allerunterthänigst anzutragen, daß die Vergütung des dadurch entstehenden Schadens der Jägerey, wenn sie daran Schuld ist, ex propriis

Zweifel gehet die Absicht dieses Rescripts nur dahin, daß das Wild bis zur möglichsten Unschädlichkeit, insofern solche ohne eine gänzliche Ausrottung thunlich sey, weggeschossen werden solle. Da das Rescript den Unterthanen nicht communiciret seyn wird, so hat man dasselbe wohl nur um deshalb so nachdrücklich abgefasset, damit es bey der Beträchtlichkeit des verursachten Schadens, und bey den oft wiederholten Klagen der Unterthanen, den gehörigen Eindruck machen möge; denn übrigens wird am Schlusse desselben deutlich gesaget, daß die Jägerei zur Vergütung der Wildschäden nur dann, wenn sie solche verschuldet habe, angehalten werden solle.

Das erwähnte Rescript hat überhaupt auch nicht die Kraft eines allgemeinen Landesgesetzes; und dasjenige, wozu sich

priis auferleget werde, maßen der Wildstand nicht in den Feldern und Gärten, sondern blos in den Gehölzen geduldet werden kann.

S. Journal von und für Deutschland, 2ter Jahrgang, 3tes Stück, S. 218 u. f.

Ein gleiche landesväterliche Gesinnungen bezeugendes Rescript erließ die K. Landesregierung am 28. Jun. 1793 an die mit der Hohenjagd berechtigten Gevettern von Hodenberg auf Hudemühlen dahin: Wir zweifeln nicht, daß die abschriftlich hiebey erfolgende abermalige beschwerende Anzeige der Dorfschaft Eickeloh, über erlittenen Wildschaden, ein neuer Bewegungsgrund für Euch seyn werde, bey der von K. Cammer einzurichtenden gemeinschaftlichen Saujagd, im bevorstehenden Monath August, auch Eurer Seits alles anzuwenden, daß den gerechten Beschwerden obiger Dorfschaft, durch gänzliche Vertilgung der Sauen, gründlich abgeholfen, auch bis dahin aller Wildschaden von den Eickeloher Feldern möglichst abgewandt werde, und haben Euch in solcher Hinsicht jene Anzeige mittheilen wollen.

ſich die K. Cammer aus freien Stücken vielleicht verſtanden hat, giebt und nimmt dem Rechte anderer Jagdeigenthümer gar nichts.

Durch dieſes alles rechtfertiget ſich der Grundſatz: daß der Jagdherr den in ſeinem Jagdreviere vorfallenden Wildſchaden nicht ſchlechterdings, ſondern nur inſofern, als er ſolchen durch übertriebene Hegung des Wildes, oder ſonſt culpoſe und unbefugter Weiſe veranlaſſet hat, zu erſtatten verbunden ſey c).

7.

Es iſt jedoch ſo nothwendig als billig, daß bey der Anwendung dieſes Grundſatzes in einzelnen Fällen allemal auf die möglichſte Begünſtigung der Unterthanen und auf die Einſchränkung des Wildſtandes Rückſicht genommen werde, indem die Jagd, welche hauptſächlich nur zum Vergnügen dienet, wenigſtens in Anſehung ihrer Nutzbarkeit, dem Ackerbaue weit nachſtehet, und dem letzteren ſtets untergeordnet bleiben muß. Kein Jagdherr kann ſich daher beſchweren, wenn man ihn für verpflichtet hält, das

c) Hiermit ſtimmet auch dasjenige überein, was Struben i. d. Rechtl. Bedenk. Th. 2. Bedenk. 57. Seite 211., von dem Schaden der dem Anwachſe des jungen Holzes, durch Hegung des Wildes, und beſonders durch Anlockung deſſelben mit Salzlecken, zugefüget wird, ausführet. Gedachter Schriftſteller hält nämlich den Grafen zu Stolberg zur Anlegung der Salzlecken in dem zu deſſen Jagdbezirke gehörenden Ilfeldiſchen Kloſter-Forſte für berechtiget, und läßt es dabey ſogar unentſchieden, ob der Jagdherr in den Gegenden, wo Zuſchläge angeleget werden, das Wild auf einige Zeit wegſchießen laſſen müſſe, oder ob der Eigenthümer des Waldes ſeine Beſaamungen, gegen den Anlauf des Wildes, mit hohen Stangen ſelbſt zu befriedigen ſchuldig ſey.

das Wild alle Jahre in dem Maaße zu fällen, daß nur die zur Fortpflanzung des Wildstandes nothwendige Anzahl übrig bleibet d).

8.

Die Verhütung einer übermäßigen Vermehrung der Anzahl des Wildes macht es aber allein noch nicht aus. Eine mäßige Anzahl desselben kann den benachbarten Feldfluren dann ungleich nachtheiliger werden, als eine größere Menge, wenn das Wild sich in den an die Felder unmittelbar gränzenden Vorhölzern hauptsächlich aufhält, und sich daran gegewöhnet, von dort aus, in den Feldern seine Nahrung zu suchen e). Wird solchemnach von dem Jagdherrn in diesem Puncte gefehlet, und wird entweder das Wild, durch Salzlecken und dergleichen Künste, vorsätzlich in die Vorhöltzer, Feldbüsche und Felder gelocket; oder doch die nöthige Sorgfalt versäumet, um das Wild vom Feldgange abzuhalten, und dasjenige, was davon nicht abzuschrecken ist, zu erlegen: so begründet dieses ohne Zweifel eben sowohl eine Entschädigungsklage, als ein unverhältnißmäßiger Anwachs des Wildstandes.

9.

Nach Anleitung dieser Grundsätze ist es also zur Begründung einer Entschädigungsklage nicht hinlänglich, wenn die Unterthanen nur einigen ihnen vom Wilde zugefügten Schaden beweisen, son-

d) **Riccius** a. a. O. Cap. 9. §. 19.

e) **Riccius** a. a. O. Cap. 9. §. 4, welcher unter andern den Inhalt der wegen dieses Gegenstandes vorhandenen, und gewiß sehr zu beherzigenden Hessischen Verordnungen von den Jahren 1593 und 1683 anführet.

sondern sie müssen auch einigermaßen glaublich machen, daß dieser Schaden in einer dem Jagdherrn zur Last fallenden unverhältnißmäßigen Hegung des Wildes, oder in einer sonstigen Verschuldung desselben, seinen Grund habe. Wenn die Unterthanen indessen darthun, daß der Schaden sehr beträchtlich ist, und daß die Früchte nicht etwa von einem gelegentlich durchstreifenden Stücke Wild, sondern zu wiederholtenmalen, mithin von solchen Thieren, die sich schon daran gewöhnet haben, in den Feldern ihre Nahrung zu suchen, beschädiget sind: so haben sie die Präsumtion vor sich, daß der Jagdherr daran schuld sey, und daß derselbe, durch Beobachtung der gehörigen Maaßregeln, und durch Einschränkungen seines Wilstdandes, diesen Beschädigungen hätte vorbeugen können. Auf andere Art würde der Beweis einer Verschuldung des Jagdherrn, in den mehrsten Fällen, so gut als unmöglich seyn, und es ist wohl nicht zu leugnen, daß ein Schaden solcher Art, wenn der Jagdherr seine Pflichten gehörig beobachtet, nicht leicht entstehen kann, dafern nicht besondere Umstände eintreten. Besonders wird ein solcher Beweis dann zur Begründung der Klage für hinreichend gehalten werden können, wenn zugleich glaublich gemachet wird, daß sich in den benachbarten Waldungen des Jagdherrn ein starker Wildstand findet, welchem sodann, in dubio, der verursachte Schaden billig zugeschrieben werden muß f). Auf keinen Fall brauchen die Beschädig-

f) Nach ähnlichen Grundsätzen erkannte das K. A.O.-Gericht am 8ten April 1787 in Sachen des Amtmanns Wedemeier zu Eldagsen wider K. Cammer. Letztere mußte einen Wildschaden von 105 Thl. erstatten, und es ward dabey nicht so sehr auf den Beweis eines übermäßigen Wildstandes (indem dieser nur aus einem Rotulo notariali bestand, und die Zeugen aus den Mitteln der Beschädigten genommen waren), als auf die Beträchtlichkeit des durch dir Taxation erwiesenen Schadens, der als Würkung von der Ursache zeugte, Rücksicht genommen.

digten es zu erweisen, daß der Schaden durch dasjenige Wild veranlaßt sey, welches sich gewöhnlich in dem Jagdreviere des Jagdherrn aufhält.

10.

Dagegen ist es auf der andern Seite dem Jagdherrn unbenommen, solche Umstände reprobando vel excipiendo zu erweisen, wodurch der Vorwurf einer culpae von ihm abgelehnet wird. Vielfältig wird zu dem Ende von dem Jagdherrn vorgeschützet: daß der Schaden blos durch Streifwild geschehen sey. Dieser Vorwand ist jedoch nicht unbedingt von Erheblichkeit. Dasjenige Wild, welches sich zwar in den benachbarten Forsten gewöhnlich aufhält, aber doch täglich in das Jagdrevier, wo es die Felder beschädiget, überwechselt, darf nicht als bloßes Streifwild betrachtet werden, weil es hier von dem Jagdherrn des Districts leicht weggeschossen, und dadurch der Schaden verhütet werden kann *).

Nur besondere Local-Umstände begründen eine Ausnahme hiervon. Wenn z. B. eine Feldmark von den zu einem anderen Jagddistricte gehörenden Forsten, in denen ein starker Wildstand geheget wird, unmittelbar umgeben ist; so wird derjenige, dem in dieser Feldmark die Jagd zustehet, den durch das Streifwild entstehenden Schaden nicht füglich vergüten können. Es kann ihm nicht angemuthet werden, sich mit der Abwehrung und Erlegung dieses Streifwildes immer zu beschäftigen, und gleichsam der

*) Die in den Materialien zu einem allgemeinen Normalgesetze, wegen Erstattung des Wildschadens, — s. Meiners und Spittlers histor. Magazin, B. 4. St. 2. Seite 269 — geäußerte Meinung: daß ein durch Streifwild verursachter Schaden nie zu vergüten sey, kann daher schwerlich unbedingt angenommen werden.

der Wildwächter der Unterthanen zu seyn; vielmehr wird, in einem solchen Falle, die Klage gegen den benachbarten Jagdherrn gerichtet werden müssen. Ausserdem lassen sich aber noch mehrere Fälle gedenken, in denen es dem Jagdherrn möglich seyn wird, sich von dem Vorwurfe einer Culpae, excipiendo zu befreien.

Die Unterthanen können oft selbst an den erlittenen Beschädigungen Schuld seyn, wenn sie die erforderlichen Maaßregeln verabsäumen, das Wild von ihren Feldern abzuschrecken, oder wenn sie sich weigern, dem Jagdherrn, bey einigen desfalls zu treffenden Veranstaltungen, hülfreiche Hand zu leisten. Billigermaßen sind die Unterthanen verbunden, hierzu auch von ihrer Seite einigermaßen mitzuwürken, da der Jagdherr zwar den Mißbrauch und das Uebermaaß des Wildstandes abzustellen schuldig, hingegen zu einer mäßigen Wildbahn an sich berechtiget ist, und derselbe daher, wenn er von diesem seinem Rechte Gebrauch macht, es den Unterthanen billig selbst überlassen kann, den ihnen daraus erwachsenden Schaden abzuwehren g). Indessen kömmt auch hierbey vieles auf die besonderen Verhältnisse und Umstände in jedem einzelnen Falle an. Wollte der Jagdherr in unbeträchtlichen, nahe an den Feldern belegenen Holzungen,

 wo

g) Durchgängig findet man daher in den Jagdverordnungen, daß den Unterthanen das Abschrecken des Wildes von ihren Feldern verstattet wird, — S. Calenberg. Landes-Ordnung, Cap. 8. Seite 79. Riccius a. a. O. Cap. 10. §. 4. — welche Erlaubniß die Verbindlichkeit der Unterthanen mit sich zu führen scheinet, durch ein solches Schrecken des Wildes, für die Sicherung ihrer Feldfrüchte selbst Sorge zu tragen. Der Jagdherr dürfte solchemnach nur dann zum Schadenersatze verbunden seyn, wenn das Wild dergestalt Ueberhand nimmt, daß es, durch dieses Verscheuchen, und einige desfalls zu treffende, nicht zu mühsame und kostbare Anstalten, nicht von den Feldern abgehalten werden kann.

wo er niemals einen erheblichen Wildstand gehabt hat, solchen in dem Maaße vermehren, daß die Unterthanen dadurch mit beschwerlichen Wildwachen, deren sie sonst nie bedurften, belästiget würden: so würden die Rechte der Unterthanen durch ein solches Verfahren unstreitig gekränket werden. In solchen Gegenden aber, wo von Alters her viel Hochwild gewesen ist, wo die Unterthanen dasselbe haben verscheuchen müssen, und sie in dieser Hinsicht vielleicht einige Erleichterung an ihren Abgaben genießen, verdienen sie hierunter wenigere Begünstigung. Es ist nicht zu leugnen, daß, wenn die Jagdherren oft geneigt sind, das Wild übermäßig zu hegen, die Unterthanen auch ihrer Seits zuzeiten sich ohne Grund beschweren, und ihre Forderungen an die Jagdherren zu weit ausdehnen.

11.

Ein großer Theil der bislang berührten Gegenstände kam bey der Entscheidung der Rechtssache der Eingesessenen zu Eickeloh wider die Gevettern v. Hodenberg, wegen Schadenserstattung des Wildfraßes, zur Erwägung. Das K. O.A.-Gericht erkannte in dieser Sache mittelst der am 21. December 1799 eröffneten Sentenz folgendermaßen:

Wenngleich aus der würklich bewiesenen Existenz eines beträchtlichen und zu wiederholtenmalen verursachten Wildschadens, auf eine dem Jagdherrn des Districts zur Last fallende übermäßige Hegung des Wildes praesumtive wohl zu schließen ist; demselben auch dagegen die Einrede, daß das schädliche Wildpret nicht in seinem, sondern in einem benachbarten Jagdbezirke seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe, nur dann zu Statten kommen kann, wenn er, neben dem Beweise dieses Vorgebens, auch insbesondere darzuthun vermag, daß er es an der nöthigen Sorgfalt, den Beschädigungen solchen Streifwildprets vorzubeugen, nicht ermangeln lassen; nachdem jedoch in dem gegenwärtigen Falle,
nach

nach allen bey der Sache eintretenden Umständen, der zu Begründung einer solchen Präsumtion gegen die Appellaten erforderliche Beweis, in rechtsgebührender Maaße, noch zur Zeit nicht beygebracht ist; überdem aber den Appellanten entgegenstehet, daß sie bey dem Erbieten der Appellaten, ihre Brüche zu Verhütung eines Wildschadens abzujagen, die verlangte Hülfe vermittelst Durchtreibung der Brüche, zu leisten sich geweigert haben, zumal die Appellaten nicht verbunden gewesen sind, wegen dieser blos zu der Appellanten eigenem Besten erforderten Dienstleistung, denselben den deshalb verlangten Revers auszustellen; mithin die Appellanten mit der erhobenen Entschädigungsklage, falls sie nicht annoch besser als bisher zu erweisen vermögen, daß der im Jahre 1793 geschehene Wildschaden in einer Verschuldung der Appellaten seinen Grund habe, billig abzuweisen sind; — So ist das von Unserem Hofgerichte hieselbst am 14. März 1795 eröffnete Urthel, wiewohl mit Vergleichung der Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen.

VII. Erörterung.

Ueber den wahren Sinn des in alten Urkunden vorkommenden Ausdrucks: strake Jagd.

In einem, die Gerechtsame der Stadt Lüneburg betreffenden, Recesse v. J. 1562, kommen unter andern folgende Worte vor:

„Zum 18. soll denen von Lüneburg die stracke Jagd „auf zwo Meilen Weges, umb Lüneburg nachgelassen seyn, „doch das RathBrook und ScharnebeckerBrook ausge„nommen.“

Nach den in mehreren deutschen Glossarien h) sich befindenden Erläuterungen, welche dem Worte: strack den Sinn der lateinischen Wörter: rectus, directus, recta tendens, beylegen, scheint der Ausdruck: stracke Jagd, wenn derselbe so wie in der ebengedachten Urkunde mit dem Jagdbezirke in Verbindung gesetzet ist, auch hierauf bezogen und so gedeutet werden zu

h) Haltaus, Wachter, Scherz, unter dem Worte: strack.

zu müssen: daß die Jagd von einem der angegebenen Gränzpuncte bis zu dem andern gerade und ununterbrochen fortlaufen solle.

Erwäget man indessen die Sache genauer, so findet sich, daß der erwähnte Ausdruck auf den Jagdbezirk überall keine Beziehung hat.

Daß schon im 16. Jahrhunderte die Worte: stracke Jagd Zweifel veranlaßt haben, erhellet aus mehreren Urkunden damaliger Zeit i). Es war, mittelst Recesses v. J. 1570, denen von Estorf die stracke Jagd im Ueltzer Walde zugestanden. Heinrich von Estorf suchte diese Jagd auf die Weise auszuüben, daß er vor dem Walde auf eigenem Grunde und Boden Netze stellen, und mit Hunden das Wild aus dem Walde auf die Netze jagen ließ. Dieses gereichte dem Magistrate zu Ueltzen zur Beschwerde, und es wurde die Frage: Ob der von Estorf, vermöge seiner Gerechtigkeit der stracken Jagd, solcher Stellung der Netze und Ausholung des Wildes auf die Netze berechtigt sey? zur Bestimmung des Landesherrn verstellet, jedoch im Jahre 1578 dergestalt verglichen, daß beyde Theile den auf gegenseitigen Besitzungen zustehenden Jagdgerechtsamen völlig entsagten.

Der bemerkte Receß von 1570 läßt übrigens schon erwarten, daß der Ausdruck: stracke Jagd, sich lediglich auf den Modum venandi beziehe, indem hierauf allein der Gegensatz folgender Worte der Urkunde hinweiset:

„Denen v. Estorf soll frei stehen, in dem Ueltzer Walde und „dessen zugehörigen andern Höltzungen sich mit der stracken „Jagd,

i) Es sind diese Urkunden der bekannten Bilderbeckschen Deduction gegen die Regalität der Jagden unter Nr. 59. 60 und 60 b angehänget.

„Jagd, wie der Gebrauch und Gerechtigkeit damit gehalten „wird, zu gebrauchen, jedoch sollen sie der Oerter, mit der „Jagd des Netzestellens sich gänzlich enthalten."

Noch deutlicher ergiebet sich dieses aus zweien andern Urkunden jenes Zeitalters, einem Schreiben Herzogs Julius zu Wolfenbüttel an den Herzog Wilhelm zu Zelle, vom Jahre 1579, und des Letzteren Antwort v. 24. August desselben Jahres.

Herzog Julius begehrte damals ein Gutachten vom Herzoge Wilhelm, in Betreff der Frage:

„Ob nicht billig die Hohejagd — als ein Regal — dem Landes„fürsten allein zuständig, und die vom Adel sich derselben, so„wohl der Rehejagen und Niederjagd, auch alles Schießens, „Kühreus und Jagens ausserhalb ihren Gerichten und Feld„marken enthalten müßten, bis sie denselben Gebrauch erwie„sen; und ob nicht vielmehr der Landesfürst ratione generalis „jurisdictionis befugt wäre, der vom Adel Gerichte mit „durchzujagen? oder was sonst diesfalls recht, landüblich, und „im Fürstenthum gebräuchlich?"

In der hierauf ertheilten Antwort wird von dem Herzoge Wilhelm der stracken Jagd in nachfolgender Verbindung gedacht k).

Zuvörderst wird bemerket, daß wenige Untersassen und Lehnleute vom Adel des Fürstenthums Lüneburg, mit dem Jagen oder Stellen nach hohem Wildwerk berechtiget seyen, daß sie aber in dieser Hinsicht sowohl, als auch mit dem Stellen

und

k) Diese Antwort findet sich auch abgedruckt in der Lübbeschen Deduction für die Regalität des Jagdrechts. Nr. 10.

und Jagen nach Rehen, Hasen und Füchsen, der landesherrlichen Forsten und Wildbahnen sich enthalten müßten; und nun folgen die Worte:

„So hat es auch mit der stracken Jagd seine gewisse Maaße, „und wird damit gehalten, wie es in jeder begnadet ist, oder „es in verjährten ruhiglichen Besitz gehabt hat. u. s. w.

Auf einen Jagdbezirk kann hier bey dem Gebrauche jenes Ausdrucks offenbar keine Rücksicht genommen seyn; wohl aber scheinen das Jagen durch Netze stellen und die stracke Jagd einander entgegengesetzet zu werden.

Je mehr dem Landesherrn die Hohejagd vorbehalten blieb, desto mehr forderte es dessen Interesse, bey Ausübung der Niedernjagd das Treiben des Wildes in die Netze, was der Hohenjagd nachtheilig werden konnte, zu hindern, und diese Jagd nur in dem Maaße zu verleihen, wie sie ohne Störung des hohen Wildprets ausgeübet werden konnte. So scheinet denn die Erklärung der stracken Jagd sehr zutreffend zu seyn, welche Bilderbeck l) mit den Worten giebt:

„bey welcher man ein Thier, so wie man es antrifft, fällen „dürfe."

Eben aus diesem Begriffe von der stracken Jagd, oder aus der Geschwindigkeit, womit diese Art der Jagd in dem Augenblicke, wo das Wild dem Jäger aufstößt, auszuüben ist, dürfte auch der Ursprung der Benennung hergeleitet werden, indem das Wort stracks die Schnelligkeit, womit etwas unternommen wird, andeutet m).

Mit

l) In der angeführten Deduction, Cap. 6. §. 6. S. 285.

m) Wachter Glossar. germ., voce: Stracks.

Mit gutem Grunde kann man solchergestalt annehmen, daß der Ausdruck: stracke Jagd, nur von der Niedernjagd gebraucht, oder daß die stracke Jagd nur als eine besondere Art der Niedernjagd angesehen ist.

Es ward dieses erwogen und angenommen in der im Jahre 1799 von dem K. O.A.-Gerichte entschiedenen Rechtssache des Closters Sct. Michaelis zu Lüneburg, wider den Bürgermeister und Rath daselbst, in pto. Juris venandi.

VIII. Erörterung.

Von den Licent- und Accise-Gerichten im Fürstenthum Lüneburg.

Der Licent ward zuerst im Jahr 1691 in den Städten und in verschiedenen Flecken des Fürstenthums Lüneburg eingeführt n). An jedem Licente ist ein Einnehmer bestellt, und die Recepturen sind besonders angesetzten Licentcommissarien zur Aufsicht untergeben. Zu den Amtspflichten der letztern gehört insonderheit die Abhaltung des Licentgerichts o). Sie sind überhaupt angewiesen p), alle Monat, oder so oft Licent-Unterschleife denunciirt wer-

n) Die erste vollständige Licentordnung ist im August 1714 erlassen. Corp. Const. Lun. Cap. VI. Sie wurde am 9. Febr. 1753 erneuert, und im Monat Nov. 1782 abermals vermehrt und zweckmäßiger eingerichtet.

o) Vergl. Pufendorf de jurisdict. germ. P. II. Sect. I. §. 63. p. 144.

p) Sowohl in der Licentordn. Cap. VII. als in einer besondern Instruction, welche sie aus der K. Regierung in Hannover empfangen.

werden, solche in Gegenwart des Licenteinnehmers zu untersuchen; nach Vorschrift der Verordnung zu bestrafen; die verwirkten Strafen ordnungsmäßig beytreiben und berechnen zu lassen; über dergleichen Gegenstände ein förmliches Protocoll zu verfassen, und solches alle Quartale an die Geheimerathsstube nach Hannover einzuschicken.

Das ganze Verfahren des Licentgerichts bey entdeckten Defrauden ist summarisch. Fallen Unterschleife vor, die weder klar noch eingestanden sind, so wird zur Untersuchung derselben von dem Licentcommissario ein Termin angesetzt, und der notirte Defraudant durch einen Licent-unterbedienten, oder durch die Aemter und Gerichte, wenn z. B. der Commissarius nicht an dem Licentorte wohnt, dazu vorgeladen. Die Licentcommissarien erlassen die Citationen oftmals blos mündlich, zu dergleichen Untersuchungen an alle Accisanten und sonstige Landeseinwohner unmittelbar, jedoch unentgeldlich. Alle Personen, die sich entweder einer Defraude selbst verdächtig gemacht haben, oder von welchen man in Licent-angelegenheiten Zeugnisse und Nachrichten zu erfordern nöthig findet, müssen sich unweigerlich vor dem Licentgerichte einfinden. Selbst die Dienstboten licentfreier Personen sind gleich den licentpflichtigen Unterthanen verbunden, sich vor demselben, ohne vorgängige Requisition, zu stellen q). Nur von denen Personen, welche, wegen ihres Standes oder Officii, der Licentfreiheit genießen, verlangt man keine persönliche Erscheinung vor dem Licentgerichte; vielmehr ist es ihnen verstattet, die von dem Gerichte erforderte Verantwortung oder Erläuterung schriftlich abzugeben. Kann indeß die Sache durch einen solchen Schriftwechsel nicht füglich abgethan werden, so muß der Commissa-

q) Militairpersonen werden von dem Cheff, mit Bekanntmachung der Ursache, requirirt. Licentordn. §. 96. Wie es mit der Bestrafung derselben zu halten? davon disponirt der §. 100.

missarius deßhalb einen Bericht an die K. Landesregierung erstatten, und die weitern Verfügungen von derselben erwarten.

Erscheinen die Denunciaten auf die an sie erlassene Ladung nicht, und vermögen sie nachmals ihr Zurückbleiben auch durch keine legalen Verhinderungsursachen zu entschuldigen: so hat das ungehorsame Zurückbleiben auf die zweite Citation, wenn der Licentrichter an dem Licent-orte wohnhaft ist, — sonst aber, und wenn derselbe sich nicht beständig an der Licentstelle aufhält, schon das ungehorsame Ausbleiben auf die erste Ladung, die Strafe des Eingeständnisses zur Folge. Die Defraude wird alsdann für erwiesen angenommen; die verordnete Strafe dictirt und vollzogen. Vor dem Licentgerichte muß sich ein jeder, der Regel nach, in Person einfinden. Es ist daher in den Instructionsterminen weder der mündliche noch schriftliche Beystand eines Advocaten oder Anwaldes zugelassen, auch werden dem Denunciaten die Untersuchungsprotocolle nicht mitgetheilt. Nur in zwey Fällen wird es verstattet, durch einen Mandatarium den Untersuchungstermin abwarten zu lassen, wenn nämlich derselbe entweder den Antrag hat, die Denunciation einzugestehen, oder gesetzmäßige Ursachen des unvermeidlichen Ausbleibens anzuführen.

Ob nun gleich bey der Untersuchung nur ein völlig summarisches Verfahren Statt findet, so verstehet es sich jedoch von selbst, daß der Denunciat mit allen seinen Vertheidigungsgründen, wodurch er den auf ihn fallenden Verdacht ablehnen zu können glaubt, vollständig gehört werden muß. Sind indeß die Vertheidigungsgründe nicht hinlänglich, vielmehr die Anzeigen der angeschuldigten Defraude ziemlich dringend: so kann der Licentrichter, wenn die auf den Uebertretungsfall gesetzte Strafe unter 50 Rthlr. beträgt, dem Denunciaten in continenti den Reinigungseid auflegen; und die verweigerte Abstattung desselben, wenn das purgatorium auf gültige indicia gefordert ist, wird jedesmal dem wirklichen Geständnisse der begangenen That gleich geachtet.

Wenn

Wenn hingegen die verordnungsmäßige Strafe der Defraude über 50 Rthlr. gehet, so muß der Licentcommissarius vor Auflegung des purgatorii zuvörderst an die K. Landesregierung berichten, und die weitern Verhaltungsbefehle von derselben erwarten. Sollte Jemand die Schuld eines denunciirten Unterschleifs auf Andere, z. B. auf sein Gesinde u. s. w. schieben, — die Person wäre aber ausgetreten: so muß der Hausherr solche binnen 4 Wochen wieder herbeyschaffen, oder sich eidlich reinigen, daß er von der Defraude nichts gewußt, keinen Theil daran genommen habe, und die schuldige Person weder von ihm weggeschafft, noch auf seine Veranlassung weggegangen sey. Verweigert der Hausherr diesen Eid, so wird er für schuldig gehalten, und in die verdiente Strafe verurtheilt.

Die Strafen, auch in Rücksicht der Gehülfen, sind in der Licentordnung auf alle Uebertretungsfälle bestimmt. Nach der angestellten Untersuchung, und wenn der Denunciat des Unterschleifs entweder geständig oder überführet ist, kommt es darauf an: ob derselbe aus Vorsatz und geflissentlich das Licent-Aerarium defraudirt hat; oder ob solches mehr aus eigener Unwissenheit und Versäumniß, als aus Vorsatz, geschehen ist. Im letzten Falle tritt gewissermaßen das billige Ermessen des Licentrichters ein; im ersten Falle aber muß er auf die verordnungsmäßige Strafe erkennen, und er darf niemals davon dispensiren. Glaubt sich indeß Jemand durch das Erkenntniß desselben beschwert, so findet davon gar keine Appellation an die Justitzgerichte Statt; vielmehr muß sich der Gravirte an die K. Landesregierung wenden, welcher die Befugniß zukommt, von der Strafe ganz zu dispensiren, oder sie zu vermindern. Die dictirten Strafen werden auf Requisition des Licentgerichts, der Regel nach, durch die ordentliche Obrigkeit, unter deren Gerichtszwange der Defraudant stehet, beygetrieben. Geschiehet aber die Execution nicht binnen drey Tagen nach eingegangener Requisition, so ist das Licentgericht befugt, die Strafe durch militairische Hülfe beytreiben zu lassen.

Uebrigens sind die Licentcommissarien angewiesen, in allen Fällen, wo entweder der begangene Unterschleif eine schärfere Bestrafung, als in der Licentordnung enthalten ist, verdient, oder sonst ein zweifelhafter Fall vorkommt, zuvor an K. Landesregierung davon zu berichten und die Entschließung derselben einzuholen r).

Die Accisegerichte kommen in vielen Stücken, in Rücksicht der Verfahrungsart, mit den Licentgerichten überein. Vor jene gehören alle Steuer- Accise- und Impostsachen, und die Accisecommissarien müssen sich bey ihren Entscheidungen nach den über diese Gegenstände erlassenen Verordnungen und nach ihren besondern Instructionen richten.

Das Accisegericht oder die Accisecommission bestehet aus dem Accisecommissair und den Beamten des Districts. Einer der Beamten führt bey den Verhandlungen jedesmal das Protocoll. Der Landreuter und die übrigen zur Aufsicht angesetzten Bedienten zeigen dem Accisecommissario die vorgefallenen Defrauden an, und Letzterer bestimmt den Tag zur Abhaltung des Accisegerichts, wenn mehrere Contraventionsfälle zur Anzeige gekommen sind. Das Verzeichniß der Defraudanten wird von ihm zuvor an das Amt geschickt, damit selbige vorgeladen werden können. Da die Untersuchung aller Steuer- Accise- und Impostwrogen als eine Hoheitssache angesehen und behandelt wird, so werden die in den nichtgeschlossenen adlichen Gerichten vorfallenden Defrauden bey den Aemtern, worin die Defraudanten ansässig sind, von der angeordneten Accisecommission untersucht, auch die erkannten Strafgelder an solche Aemter eingeliefert. Die adlichen

r) Von den Licentgerichten im Fürstenthum Calenberg s. m. erneuerte General-Licentordn. für die Fürstenth. Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, vom 1. Oct. 1797, Cap. 18.

chen Gerichte sind schuldig, ihre contrebandirenden Gerichtssassen vor die bey den Königl. Aemtern angeordnete Accisecommission, auf vorgängige Requisition, jedesmal zu sistiren. In den geschlossenen adlichen Gerichten werden die Defrauden von dem Commissario und Gerichtsverwalter untersucht, entschieden und vollstreckt s). Die ganze Untersuchung ist summarisch, wie bey den Licentsachen, und bey dem Verfahren in Accisefällen richtet man sich analogisch nach den Vorschriften der Licent-ordnung. Erscheinen die Citirten nicht, so werden die von dem Accisegericht erkannten und von der Königl. Landesregierung genehmigten Strafen in contumaciam von den Defraudanten, entweder durch die Königl. Aemter, oder von den adlichen Gerichten, auf vorgängige Requisition, beygetrieben. Die Accisegerichte müssen allezeit an der bestimmten Accisestelle abgehalten werden, und die verordneten Accisecommissarien dürfen in der Regel die angezeigten Contraventionen nicht an ihrem gewöhnlichen Wohnorte, wenn derselbe nicht etwa zugleich der Accisedistictsort ist, untersuchen. Indeß erhalten dieselben keine besondere Reisekosten, wenn sie zur Abhaltung des Accisegerichts, in den ihnen untergebenen Städten und Districten, reisen müssen, sondern blos einen Antheil von den Strafgeldern t), welcher als eine Vergütung der bey der Untersuchung der Contraventionen gehabten Kosten betrachtet wird.

Uebrigens sind beyde Gerichte nicht als eine Gattung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern als eine Folge der landesherr-

s) Von den geschlossenen Gerichten, sonderlich im Calenbergischen, s. m. Hugo Abhandl. in den Annalen der Braunschw. Lüneb. Churlande, herausgegeben von Jacobi. Jahrg. 3. Stück. 2 und 4.

t) Der größte Theil der Strafgelder fließt in die Landschaftlichen Cassen.

herrlichen Hoheitsgerechtsame in Steuersachen zu betrachten, und mithin findet auch von den Erkenntnissen dieser Gerichte, keine Appellation an die höhern Landes-Civilgerichte Statt. Wer sich durch eine Verfügung des Accisegerichts beschwert hält, muß sich daher, wegen Abänderung oder Milderung der dictirten Strafen, lediglich an die Königl. Landesregierung wenden u).

u) In der Stadt Lüneburg werden die Defrauden, wenn solche dortige Bürger oder Stadtangehörige betreffen, vor dem dasigen Niedergerichte untersucht, wobey der Secretair das Protocoll führt. Der Accisecommissair bestimmt aber den Tag der Untersuchung, eröffnet den Termin, und sagt seine Meinung zuerst über das abzugebende Straferkenntniß. Ist das Niedergericht davon abstimmig, so muß an das Königl. Ministerium, zur Bestätigung oder Abänderung, berichtet werden, wie solches durch eine Regierungsresolution vom 15. Jul. 1776 bestimmt ist.

IX. Erörterung.

Ueber die Frage: Ob den Licent-Recepturen in dem Fürstenthum Calenberg, wegen des rückständigen Licents, ein gesetzliches, mit einem besonderen Vorzuge verbundenes Pfandrecht an den sämmtlichen Gütern desjenigen zustehet, der den Licent zu bezahlen schuldig war?

I.

Der Licent in dem Fürstenthum Calenberg x) ist eine neuere, erst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts eingeführte Abgabe. Vor-

x) Die Benennung: Licent, ist für die in Frage seyende Abgabe sehr uneigentlich, denn die Erlaubniß, Brod oder Fleisch zu essen, wird wohl nicht erkauft oder bezahlt. Genau genommen, ist der Calenbergische Licent größtentheils eine Accise.

Accisus ab accidendo dictus, cum mercibus distractis et venditis nonnullae quasi accidantur; inde Gallice: *Taille*,

Vorhin entrichteten die Unterthanen im Calenbergischen die alte Contribution. Unter der Regierung des Herzoges und Bischofes Ernst August ward durch den Hannöverschen Landtagsabschied vom 15. October 1686 die Contribution aufgehoben y), und an deren Stelle, mit Einwilligung der Stände z), vorerst nur auf ein Jahr der Consumtions-Licent eingeführet, den man aber in der Folge nicht allein beybehielt, sondern auch erhöhete, und auf Waaren und Dinge legte, welche, Inhalts des angezogenen Landtagsabschiedes, der neuen Abgabe noch nicht unterworfen waren a). Von diesem, statt der Contribution, eingeführten Licente erhält der Landesherr monatlich 20,000 Thlr., welche vorzüglich zu der Unterhaltung des Militairs, ausserdem aber auch zu der Bestreitung der Legationskosten u. d. m angewendet werden. Der nach Abzug gedachter Summe bleibende Ueberschuß wird der Landschaft abgeliefert, um damit andere Landes-Bedürfnisse zu bestreiten, und fließet in ein besonderes Landes-

 Re-

et Italice: *Taglia*, audit; utrumque derivatur ab originaria voce: *tailler*, *tagliare*, i. e. accidere. Boehmer nov. Jus controv. pag. 166.

y) Sammlung Calenbergischer Landes-Ordnungen. Th. 4. Seite 103 u. f. Spittler Geschichte des Fürstenthums Hannover. Th. 2. Seite 331 u. f.

z) Die Landstände waren lange der neuen Steuer sehr abgeneigt. Am nachdrücklichsten sprach der Vice-Canzler Hugo, nicht allein 1686, sondern schon bey dem großen Landtage im Januar 1683, für die Einrichtung des Licents. Spittler a. a. O. Seite 342.

a) Seit der Einführung des Licents, sind folgende große oder generelle Licentordnungen für das Calenbergische ergangen: v. J. 1690; v. September. 1706; v. 20. Februar 1709, mit dem dazu gehörenden Supplemente v. 28. August 1714; v. 23. October 1739, nebst dem Ind. v. 1740; und v. 21. Jul. 1797.

Register, welches das Licentüberschuß-Register heißt. Die höheren und niederen Licentbedienten werden von Seiten des Landesherrn angesetzet und beeidigt. Auf dem platten Lande liefern die unteren Licentbedienten den von ihnen erhobenen Licent dem herrschaftlichen Beamten ab, welchem die Receptur anvertrauet ist, und dieser sendet die Gelder der Königl. Kriegs-Canzlei ein. In den Städten aber versehen die Magistrate die Stelle der Beamten in diesem Stücke.

Vermöge dieser Verfassung, hat die Landschaft mit der allein unter der Autorität der K. Landesregierung geführten Administration des Licentes eigentlich nichts zu thun. Nur dann wird die Landschaft zugezogen, wenn es darauf ankömmt, die Licent-Verwilligung zu continuiren; die Abgabe zu erhöhen oder zu vermindern, oder auf Dinge zu legen, welche derselben vorhin nicht unterworfen waren.

2.

Beurtheilt man, nach Anleitung dieser Verfassung, das eigentliche Wesen der Abgabe nach Begriffen des Römischen Rechts, und nimmt man dabey auf den hauptsächlich unter der Regierung der Kaiser eingeführten Unterschied inter fiscum, aerarium et patrimonium principis Rücksicht; so kann die Licent-Casse wohl nicht als Aerarium publicum betrachtet werden. Es gehört dieselbe vielmehr ad fiscum principis, weil sie eine Abgabe befasset, welche die Stände des Landes dem Landesherrn, als solchem, zugesichert haben, um davon die mit dem stehenden Militaire verbundenen Kosten und andere nöthige Ausgaben zu bestreiten; weil ferner die Casse der alleinigen Verwaltung des Landesherrn unterworfen ist; und weil von den Einflüssen derselben nicht so wie von denen des Aerarii publici gesagt werden kann: ut princeps bona, certis publicis usibus destinata, tamquam a rationibus

nibus ſuis ſeparata, haud attingat b). Will man aber auch die Sache von einer andern Seite betrachten, und auf den von manchen Schriftſtellern c) für unſere jetzige Verfaſſung unpaſſend erklärten Unterſchied des Römiſchen Rechts inter fiſcum et aerarium keine Rückſicht nehmen; ſo muß doch die Abgabe des Licents ohne Zweifel ad tributa publica gerechnet werden, weil dieſelbe an die Stelle der vormaligen Contribution getreten iſt, und der Licent vorzüglich zu der Unterhaltung des Militairs, mithin zu der Beſchützung des Landes, und zu der Beſtreitung der Legationskoſten verwendet wird d).

Mag nun die eigentliche Qualität des Licents aus dem einen oder dem andern Geſichtspunkte beurtheilet werden: ſo gebühren in jedem Falle der Licentcaſſe, wegen des etwa rückſtändigen Licents, bey der Concurrenz mehrerer Gläubiger, ganz vorzügliche Rechte an dem Vermögen des Schuldners, und zwar nach dem Inhalte mehrerer Geſetze, jura fiſci e).

3.

b) Leyſer Spec. 657. Medit. 10.
a Pufendorf Tom. 3. Obſervat. 79. §. 5.

c) Huber ad Dig. Lib. 49. Tit. 14. Nr. 1.

d) Pro tributo omne id accipitur, quod rei publicae conſervandae et utilitatis publicae cauſa in commune confertur.
Ziegler de Jur. Majest. Lib. 2. Cap. 1. §. 2.
Leyſer Spec. 482. Medit. 4.

e) L. 1 et 2. Cod. ſi propt. publ. penſitat. L. 3. Cod. de primipilo. Lauterbach Colleg. Th. Pract. Lib. 20. Tit. 2. §. 12.

Dieſer Vorzug wird ſogar denjenigen tributis und oneribus publicis beygeleget, welche die niederen Magiſtrate, der Adel und die Municipal-Städte zu fordern haben. Sec. Leyſer Spec. 482. Med. 4. und nach der Vorſchrift der Calenbergiſchen Meier-Ordnung

v. 12.

3.

Dieses vorzügliche gesetzliche Pfandrecht der Licent-Recepturen, wegen des unbezahlet gebliebenen Licents, erstrecket sich auf sämmtliche Güter des Schuldners, und ist keinesweges blos auf die noch vorhandenen unverlicenteten Waaren einzuschränken. Die Römischen Gesetze sagen ausdrücklich: Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt f). Durch die Licent-Ordnungen und andere Landesgesetze ist diese Bestimmung des Römischen Rechts nicht abgeändert; sie wird vielmehr dadurch noch mehr bestätiget. Die Licent-Ordnung v. J. 1739 bestimmet zwar Cap. 14. §. 20., daß die Licentbedienten nicht eigenmächtig zu der Bezahlung des Licents Frist geben, und widrigenfalls für den entstandenen Rückstand selbst haften sollen; zu gleicher Zeit wird aber, durch das Gesetz selbst, den Accisanten in mehreren Fällen eine geräumige Frist zur Entrichtung der Ab-

v. 12. Mai 1772. Cap. 3. §. 2. soll des Gutsherrn rückständiger Zins, in Concursen, nach den oneribus publicis classificiret werden. Mit dem besten Grund bestimmet daher die neueste Licent-Ordnung vom 1. October 1797. Cap. 15. §. 9.: daß der rückständige Licent in Concursen, in der ersten Classe der privilegirten Schulden, gleich nach den städtischen Oneribus classificiret werden solle.

f) L. 1. Cod. in quib. caus. pign. etc. L. 1. Cod. si propt. publ. pensitat. Voet ad Dig. L. 20. Tit. 4. §. 22. Leyser Spec. 226. Cor. 3. Lauterbach l. c. §. 9.

Bey den Römern wurden, vermittelst der Schatzung, die Unterthanen mit allen und jeden Auflagen zum Besten des Staats beleget, und nicht bloß einige besondere Species der Güter in libris censualibus verzeichnet. Der Census Romanus erstreckte sich also auf alle und jede Mittel der Unterthanen.

a Pufendorf Tom. 2. Observat. 79. §. 7.

Abgabe verstattet g). In dem Cap. 1. §. 2. ist verordnet: Wenn jemand, so Wein und Brandtewein verzapfet, große Partheien davon überkömmt, und wenigstens 24 Ohm in Vorrath hätte, würde demselben zu schwer fallen, den völligen Licent sofort davon zu erlegen, weswegen hiermit verordnet wird, daß die Einnehmer solchenfalls schuldig seyn sollen, mit dem Accisanten ein Abrechnungsbuch zu halten, die Parthei, nachdem die Fässer visitiret worden, und was nachdem von Zeit zu Zeit verlicentet wird, davon abzuschreiben, auch wenigstens alle 6 oder 8 Wochen den Vorrath zu visitiren, u. s. w.

Von den licentbaren Kleidungssachen heißt es, Cap. 4. §. 5.: Wenn aber jemand eine große Parthei dergleichen Waaren bekäme, daß der Licent über 20 Thlr. austrüge, sind demselben zu Bezahlung des Licents drei Monate Dilation zu geben.

Wegen Gold, Silber, Linnen, Spitzen, Cammer- und Nesseltuch ist im Cap. 5. §. 6. gesaget: daß obige Waaren, wie auch feine Brabandter Spitzen und Kanten, auf Abrechnung gestellet werden, und die Kramer davon nach und nach, so wie sie die Waaren verkaufen, den Licent entrichten sollen.

In Betreff des zu verlicentenden Leders findet sich Cap. 6. §. 4. gleichfalls bestimmt: Denjenigen, welche große Quantitäten an Leder empfangen, ist in dem Falle, da der Licent über 20 Thlr. betragen würde, zu Abtragung desselben, Dilation zu verstatten, und mit ihnen ein Abrechnungsbuch zu halten. Endlich enthält Cap. 14. §. 12. noch eine allgemeine Vorschrift, wie die Licentbediente mit den Abrechnungsbüchern zu verfahren haben, mit folgenden Worten: Dann sollen die Einnehmer die Abrechnungsbücher mit den Weinhändlern, auf Maaße, wie Cap. 1. §. 2. verordnet

g) Sammlung Calenb. Landes-Ordnungen, Th. 4. Seite 3. u. f.

verordnet worden, auch andern, die mit Leder, Toback und sonstigen licentbaren Waaren handeln, und so viel auf einmal erhalten, daß der Licent 20 Thlr. und bey dem Toback 10 Thlr. austrägt, richtig halten, in denselben vorerst die Quantität und Qualität, nebst dem dato des Empfanges anschreiben, und, was nach und nach darauf verlicentet, wieder absetzen, u. s. w. h).

Hieraus erhellet also, daß die Licentbedienten den Kaufleuten und Kramern, in Absicht aller licentbaren Waaren, so lange mit Abtragung des Licents Credit zu geben verbunden sind, bis dieselben die Waaren nach und nach abgesetzet haben. Wenn die Licent-Einnehmer überdem angewiesen sind, für alle wider die Ordnung verstattete Reste verantwortlich zu seyn, das Geld der Casse zu bezahlen, und ihren Regreß an die Debitoren zu nehmen; so zweckt dieses nicht sowohl auf die eigentliche Sicherheit der Casse, als vielmehr auf eine größere Ordnung, und darauf ab, daß der Licent monatlich richtig eingehe.

Unglaublich würde es seyn, daß selbst durch die Licent-Ordnung die Sicherheit der Casse habe eingeschränket werden sollen. Je nothwendiger man bey der Errichtung der Licent-Ordnungen das Creditiren der Licentgelder bey Kaufleuten, zur Beförderung des Handels und des allgemeinen Wohls, ansahe, um desto erforderlicher ist es dadurch geworden, daß das gesammte Vermögen des Schuldners der Licentcasse verhaftet bleibt, weil im entgegengesetzten Falle, wenn nämlich die Licentcasse, bey entstandenem Con-

h) Alles dieses ist größtentheils wörtlich durch die Verordnung v. 4. August 1775, wegen Einrichtung des Steuer-Wesens; durch das General-Mandat v. 1. August 1777; und durch die neueste Licent-Ordnung v. 1. Octob. 1797, Cap. 5. §. 7. Cap. 12. §. 12. Cap. 14. §. 9, 11, 12. Cap. 19. §. 10., wiederholet und bestätiget.

Concurse, nur ein Recht auf die würklich noch vorhandenen unverlicenteten Waaren haben sollte, durch das in den Ordnungen vorgeschriebene Creditiren, der Casse alle wahre Sicherheit gänzlich entzogen seyn würde.

Ohne Zweifel haftet daher das ganze Vermögen desjenigen, der mit solchen Licent-Zahlungen, wegen welcher in den Licent-Ordnungen der Credit verstattet ist, im Rückstande bleibt, der Receptur mit einem gesetzlichen und privilegirten Pfande.

4.

In dem Concurse über das Vermögen des Kramer-Amtsgenossen Bense zu Hameln profitirte die dortige Licent-Receptur einen Licent-Rückstand von 2224 Thlr. 15 Gr. Der Magistrat zu Hameln classificirte in dem abgesprochenen Erstigkeits-Urthel diesen Rückstand unmittelbar nach dem Liedlohne, und vor dem von der Ehefrau des Cridarius, geb. Kleinschmidt, geforderten Brautschatz.

Von dem H. Gerichte zu Hannover erfolgte ein abänderndes Erkenntniß, des Inhalts:

Dagegen wird, ratione collocationis der Licent-Stube, welcher, als einer der alleinigen Administration des Regenten nicht zustenhende Casse, keinesweges jura fisci gebühren, und deren vorgesetzten Bedienten, unter der Verwarnung, daß man sich, des Rückstandes halber, lediglich an sie halten werde, einige Dilation, ausser in wenigen hieher nicht gehörigen Fällen, zu gestatten verboten worden, nur, insofern die unverlicenteten Waaren annoch existiren, ein Vorzugs-Recht an selbigen eingeräumet.

Als aber die Licent-Receptur hiervon appellirte, hob das K. O.A.-Gericht das Erkenntniß des H. Gerichtes auf, und bestätigte die Prioritäts-Sentenz des Magistrates zu Hameln zu Gunsten der Licent-Receptur.

X. Erörterung.

Der Landesherr ist nicht einseitig befugt, einem Unterthanen die Freiheit von stehenden öffentlichen Abgaben auf die Weise zu verleihen, daß dadurch die Mitunterthanen und Mitcontribuenten mehr, als vorhin, beschweret werden.

Wenn zu den stehenden öffentlichen Abgaben, welche im Ganzen auf eine gewisse Summe festgesetzet sind, einige Staatsbürger weniger beytragen, als sie nach Maaßgabe ihres Vermögens oder der übrigen Verhältnisse, worauf man bey Einführung der Abgabe Rücksicht nahm, dazu beytragen sollten; so müssen die übrigen Contribuenten natürlicherweise ein größeres Quantum übernehmen und bezahlen, als ihnen bey der Beybehaltung der eigentlichen und ursprünglichen Contributions-Verhältnisse zu Theile geworden seyn würde. Ein Contribuent bezahlet in einem solchen Falle für den andern, und dieses ist schon an sich unbillig und ungerecht. Noch härter und unbilliger wird das Verhältniß, wenn der Landesherr einen Theil der Contribuenten, ohne eine hinreichende Entschädigung der übrigen, von dem ganzen Beytrage

zu

zu gewissen stehenden öffentlichen Abgaben befreiet i); und dieses Mißverhältniß einzuführen, ist kein Landesherr den Rechten nach befugt. Es finden sich zwar Rechtslehrer, welche behaupten, daß, da ein Regent, als Herr gesammter Güter seiner Unterthanen, darüber zum Wohl des Staates willkührlich zu disponiren berechtiget sey, derselbe also auch, wegen besonderer Verdienste, jemandem eine Schatz-Freiheit in praejudicium reliquorum subditorum, ut ad similia merita et virtutes animentur, wohl ertheilen könne, und niemand dieserhalb fragen dürfe: Quid facis k)? Schwerlich wird aber wohl jemand noch in gegenwärtigen Zeiten ein uneingeschränktes Eigenthum des Landesherrn über die Güter der Unterthanen, mit Ueberzeugung und Ernst, vertheidigen.

Hält es der Regent für nöthig, jemandes Verdienste besonders zu belohnen: so fehlt es ihm dazu nicht an zweckmäßigen Mitteln, und er braucht die Belohmung nicht auf Kosten der übrigen Unterthanen eintreten zu lassen, von welchen vielleicht manche oft, wo nicht größere, doch wenigstens eben so treue Dienste geleistet haben mögen, als der besonders Begnadigte.

Will ein Regent einen unstreitig contributionspflichtigen Unterthanen von dem Beytrage zu dieser oder jener Abgabe entbinden; so muß er, wenn dieses gültiger Weise geschehen soll, sich selbst

i) Ohne Zweifel lag in der Unbilligkeit einer solchen Ungleichheit des Beytrages der Grund, weshalb nach den Römischen Gesetzen diejenigen zum Feuer verurtheilt wurden, welche wider die öffentliche Steuer-Matrikel Befreiungs-Scheine ausstellten.
L. un. Cod. de Immunit. nem. conced.

k) a Bobart Diss. de Potestate Princip. immunit. a Collect. in praejud. tertii conc.

selbst die Quote des Eximirten anrechnen lassen l), keinesweges ist er aber befugt, das abgehende Quantum den übrigen Contribuenten aufzubürden, die sonst zu der stehenden Abgabe, welche durch die Befreiung nicht geringer wird, desto mehr beytragen würden m).

Am allerwenigsten darf ein Landesherr dergleichen Contributions-Freiheiten, zum Nachtheile der übrigen Unterthanen, in solchen Ländern ertheilen, wo er ohne Zuziehung und Einstimmung der Landes-Stände überall keine Steuren erheben kann, und wo das ganze Contributionswesen auf bestimmte, zwischen der Landesregierung und den Ständen bestehende Verträge beruhet n).

Diese

l) Während der Zeit, da die Herzogthümer Bremen und Verden unter Königl. Schwedischer Landesherrschaft standen, wurde der Stadt Verden das Contingent zu den damals von den Herzogthümern monathlich zu zahlenden 12000 Thlr. Landesherrlich nachgelassen. Die Königl. Schwedische Cammer ließ sich aber verhältnißmäßig die remittirte Quote monathlich vom Ganzen absetzen.

m) L. ult. Cod. de divers. praed. urban. et rustic. L. 4 et 7. Cod. de Annon. et Tribut. L. 7. C. de Prec. Imp. offer. L. 4. C. de emanc. liber. L. 1. C. Ut nullus ex Vican. etc. L. 12. C. omni Agro deserto etc.
Philippi Instit. L. 1. El. 15.
Mevius ad Jus Lubec. P. 2. Tit. 3. Art. 2. Nr. 18 et 19.
Carpzov L. 1. Resp. 25. Nr. 20. et Decis. 262.
Hertius Resp. 269. Nr. 9.
Struv. Exercit. 50. Th. 74.
Brunnemann ad L. un. Cod. Ut nullus ex Vican. et L. 6. de Ann. et Tribut.

n) Wildvogel Diss. de Ordin. provincial. §. 64.
Henniges Medit. ad Capit. Josephi, Art. 3. Not. 4.
Putters Rechts-Fälle, B. 3. D. 268. §. 4.

Diese Grundsätze kamen zur Erwägung, und wurden von dem Königl. O.A.-Gericht angenommen, in der, durch die am 20. October 1798 eröffnete Sentenz entschiedenen Rechtssache des Anwaldes des Amts Agathenburg, Bekl. und Appellanten, wider die Stände des Herzogthums Bremen Kläg. und Appellaten, wegen Contributions-Pflichtigkeit der vier Meier und eines Köthner zu Agathenburg.

XI. Erörterung.

Die Einrede der Wahrheit findet bey Injurien-Klagen nicht Statt, wenn die Klage auf eigentliche, von dem Beklagten gebrauchte Scheltworte, Schimpfreden u. s. w. gegründet wird.

1.

So verschieden auch die Meinungen der juristischen Schriftsteller in einzelnen Puncten, über den Umfang, die Zulässigkeit und Wirkung der Einrede der Wahrheit, bey Injurien-Klagen sind o); so leidet es doch, sowohl nach der Natur der Sache, als nach dem In-

o) Hierüber sind vorzüglich nachzulesen:
B. H. Tilemann Diss. de Injur. Cap. 2. Nr. 32.
E. F. Schröter de Injur. §. 12.
G. A. Struv. de Injur. verbalib. Th. 7.
I. C. Müller de Except. veritat. Act. Injur. oppos. Leyser Spec. 551. Böhmer ad Carpzov. Qu. 96. Obs. 5.
Wieland Geist der Peinl. Gesetze 2. Seite 208. A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften, 1793, 1ste Abtheil. Seite 175 u. f.

Inhalte Römischer Gesetze p) keinen Zweifel, daß Wahrheiten an sich nie beleidigen, und folglich auch keine Klage begründen können. Der Regel nach muß daher der Beklagte gegen die wider ihn angestellte Injurien-Klage, mit der Einrede der Wahrheit und mit dem Anerbieten gehöret werden, daß er das Gesagte oder Geschriebene zu erweisen bereit sey q). Diese Regel findet indessen unterandern unstreitig dann eine Ausnahme, wenn der Beklagte wegen eigenthümlicher Scheltworte, Schimpfreden, Schandgemälde u. s. w. belanget wird, weil sodann selbst in der Art und Weise, wie der Beklagte sich über die etwanigen Fehler und Vergehungen des Klägers geäußert hat, eine Ehrenverletzung desselben eine unbesugte Selbstrache und ein unerlaubter Eingriff in das obrigkeitliche Strafamt liegt r).

Wer sich eigentlicher Scheltworte und Schimpfreden bedienet, bleibet nicht bey der bloßen Aeußerung einer den Geschimpften etwa treffenden Wahrheit stehen. Findet sich jemand in dem Falle, daß er einem Andern diesen oder jenen gegründeten Vorwurf gehörigen Orts machen zu müssen glaubt, so bedarf es dazu keiner schon an sich selbst, und, ohne Rücksicht auf die Wahrheit oder Unwahrheit des Vorwurfs, beleidigender und durch Ge-

p) L. 18. pr. Dig. de Injur. L. 10. Cod. ibid.

q) Weber a. a. O. Seite 171.

r) Quum alioquin, etiamsi sit aliquis sceleribus implicitus, idcirco tamen judiciorum vigor, jurisque publici tutela videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem. L. 14. Cod. de Judaeis et Coelic.

Constantin der Große und einige seiner Nachfolger verordneten daher: daß den Verfassern der eigentlichen sogenannten Schandschriften der Beweis der Wahrheit nicht zu Statten kommen solle. L. 1. seq. Cod. Theod. de famos. libell.

Gesetze untersagten Benennungen. Der Schimpfende macht sich unnöthiger- und muthwilliger Weise einer völlig unbefugten Handlung schuldig, wodurch des Geschimpften vollkommne Rechte in Ansehung der Ehre und Achtung vorsätzlich verletzet werden. Es wird also dadurch eine angestellte Injurien-Klage sattsam begründet s); der Vorwand, daß der durch die gebrauchte Schimpfrede bezielte Vorwurf wahr sey, und erwiesen werden könne, kann den Klagegrund nicht beseitigen t); und der Beklagte ist auf jeden Fall verbunden, die Scheltworte, deren er sich bedienet hat, gerichtlich zurückzunehmen.

2.

Diese Grundsätze kamen bey dem K. O.A.-Gericht in dem folgenden Rechtsfalle zur Anwendung:

Der L.R. v. S. zu B. hatte gegen einen seiner Meierleute, H. J. Dening zu W. geäußert: Er, der Meier, sey ein alter Schelm und Betrüger, der ins Gefängniß gestecket zu werden verdiene. Gegen die auf diese Aeußerung gegründete Injurien-Klage wandte der Beklagte ein: Es hätten die gebrauchten Worte nur den Vorwurf enthalten sollen, daß der Kläger ihn durch Abdringung einer Quitung, während einer Krankheit, um einen Theil des Meierzinses von 1792 zu betriegen gesucht habe; und daß diese Betriegerei würklich vorgefallen wäre, wolle er, der Beklagte, sofort durch eine Eideszuschiebung erweisen. Ohne auf

s) L. 1. Diff. de Injur. et famos. libell.
L. 5. §. 1. ad Leg. Aquil. Pr. Inst. de Injur.
§. 1. Inst.: Quibus ex cauf. manum.
Weber a. a. O. Seite 16 und 61.

t) Peinl. H.G.-Ordnung, Artik. 110.
Boehmer ad Carpzov. Qu. 98. Obf. 4.
Mevius P. 2. Decis. 205; P. 3. Dec. 352.

auf diese Einrede und deren angebotenen Beweis Rücksicht zu nehmen, erkannte das K. H.Gericht zu Stade am 1. October 1798 auf die Leistung einer schriftlichen Ehrenerklärung; und dieses Erkenntniß ward unterm 11. Februar 1799 von dem höchsten Tribunale dahin bestätiget:

„Wenn auch die von dem Imploranten eingewandte Einrede der Wahrheit, durch die zur Hand genommene Eideszuschiebung, sofort erwiesen werden könnte; nachdem jedoch der Implorant nicht bey der bloßen Aeußerung der dem Imploraten gemachten Beschuldigung stehen geblieben ist, sondern, wie er selbst nicht in Abrede stellt, sich eigentlicher, auf jeden Fall injuriösen Schimpfreden und Scheltworte gegen den Imploraten bedienet hat, welche durch die gebrauchte Einrede nie gerechtfertiget werden können, solchergestalt aber, auf die, eine Zurücknahme der dem Imploraten beygelegten beschimpfenden und beleidigenden Benennungen bezielende Ehrenerklärung völlig rechtmäßig erkannt ist; — So findet das angebrachte Gesuch nicht Statt."

XII. Erörterung.

In Injurien-Sachen findet wider die Erkenntnisse und Verfügungen der Aemter und Untergerichte in den Herzogthümern Bremen und Verden zwar keine Appellation Statt, jedoch ist dadurch die Nichtigkeits-Beschwerde — Querela nullitatis —, wenn dieselbe begründet werden kann, keinesweges ausgeschlossen.

Die für das Brem- und Verdensche, am 28sten August 1741, erlassene Verordnung, wegen Abkürzung der Processe auf dem Lande, setzet fest: daß alle Injurien-Sachen bey den Aemtern und Patrimonialgerichten blos summarisch tractiret werden sollen u). Bestimmter noch wird in dem Reglement wegen Verbesserung des Justizwesens v. 9ten u. 20sten Junius 1749, §. 7, Folgendes verordnet:

„Wenn

u) Fernerweiter Anhang zu der i. J. 1732 aufgelegten Policei-, Deich-, Holz- und Jagd-Ordnung der Herzogth. Br. u. V. Seite 28.

„Wenn auch in diesen Landen bisher die Injurien-Klagen „gar zu weit getrieben worden; Wir aber ferner überall keine „ordentliche und weitläuftige Injurien-Processe bey Unseren „Aemtern und denen Untergerichten verstatten, sondern wollen, „daß dergleichen Sachen blößerdings summarisch untersuchet, „abgethan und bestrafet, in Ansehung der Privat-Beleidigung „aber, dem richterlichen Erkenntniß zur Ehrenerklärung, christ„licher Abbitte u. s. w. lediglich überlassen werden sollen; so „untersagen Wir hierdurch Unseren höheren Gerichten, Appel„lationes über dergleichen Injurien-Klagen anzunehmen, und „befehlen denenselben, die anmaßlichen Appellanten sofort ab„und zur Ruhe zu verweisen x)."

Hierdurch sind also, ohne einige Rücksicht auf die Person des Klägers oder Beklagten, in allen bey den Aemtern und Untergerichten vorgekommenen und entschiedenen Injurien-Sachen die Appellationen für unzulässig erkläret. Diese Vorschrift verhindert jedoch den Oberrichter nicht, sich einer von einem Untergerichte

 ent-

x) Fernerweiter Anhang u. s. w. Seite 504. Hiermit stimmet auch im Wesentlichen die für die übrigen Landesprovinzen am 3. Mai 1753 ergangene Verordnung überein. Inhalts derselben, sollen die Schlägerei- und Injuriensachen der Unterthanen auf dem Lande, bey den Aemtern, denen auch das richterliche Erkenntniß zur Ehrenerklärung, christlicher Abbitte und dergl., lediglich überlassen ist, summarisch untersuchet, bey den Landgerichten vorgebracht, und dem Befinden nach vom jedesmaligen Landgerichts-Commissario dem Beleidiger die Strafe zuerkannt werden, solchergestalt, daß es bey diesen respective bey den Landgerichten und Aemtern abgegebenen Erkenntnissen sein Bewenden behalte, und desfalls keine fernere Processe, vielweniger Appellationes zu verstatten sind. S. Hannov. Anzeigen v. J. 1753, Stück 40. und Willich Auszug der Chur-Braunschw. Lüneb. Landesverordnungen. B. 2. Seite 185.

entschiedenen Injurien-Sache in dem Falle anzunehmen, wenn das abgegebene Erkenntniß an einer offenbaren Nichtigkeit laboriret.

Erstlich redet die angezogene Verordnung, welche, als ein besonderes das Gemeine-Recht einschränkendes Gesetz, nicht über ihren Wortinhalt ausgedehnet werden kann, ausdrücklich nur von dem Ausschlusse der Appellation; nicht aber von der Nichtigkeits-Beschwerde.

Zweitens ist es sehr in die Augen fallend, daß die Absicht des Gesetzgebers blos dahin gieng, weitläuftige und kostbare Processe über nicht sehr bedeutenden und mehrst zweifelfreie Gegenstände, wie gewöhnlich die Injurien-Sachen auf dem Lande sind, zu verhindern; daß es aber keinesweges der Wille war, die Unterthanen einem willkührlichen Verfahren und dem gesetzwidrigen Erkenntnisse des Unterrichters völlig preis zu geben.

Drittens ist bekanntlich, nach dem Gemeinen-Rechte, die Nichtigkeits-Beschwerde in Sachen, die an sich inappellabel sind, stattnehmig, und hiermit stimmen

Viertens auch die besonderen im Brem- und Verdenschen geltenden Landesgesetze überein. In der mehrerwähnten Verordnung v. 9ten u. 20sten Jun. 1749, wird §. 1., nachdem die Appellations-Summe bestimmt, und festgesetzet ist, daß ohne das Daseyn derselben keine Appellationen angenommen werden sollen, wörtlich vorgeschrieben: — „Sollte aber von den Untergerichten ganz „nulliter bey einer geringfügigen Sache verfahren seyn; So „wollen Wir zwar dem beschwerten Theile den Zutritt zu Unserm H. Gerichte nicht verwehren; doch mit dem Bedinge: daß „nach Einhalt der Wismar'schen Tribunals-Ordnung Th. 2. „Tit. 1. §. 16. der Querulant ex actis prioribus die Nullitäten 1) erweise und scheinbar mache, 2) die Canzlei nomine „des

„des H.Gerichts acta 1mae Instantiae in origine ad inspi-
„ciendum fordere, und alsdann, wenn die citata altera
„parte involutiret eingeschicket worden, 3) per Decretum
„oder Rescript. de emend. die Sache gleich abthue, und
„endlich entscheide; wofür jedoch überhaupt nichts weiter, als
„für ein ander Decret oder Rescript, an Sportuln bey der
„Canzlei soll entrichtet, auch von dem Judice a quo die
„Acta, ohne Erlegung der sonst gewöhnlichen Copialien, sollen
„ausgeantwortet werden."

Diese Vorschrift, welche sich auch in der späteren Untergerichts-Ordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden, v. 5ten November 1753, Tit. 10. §. 10., wiederholet findet, zeiget deutlich, daß die allgemeine Absicht der Gesetzgebung keinesweges dahin gehet, in Sachen, worin, nach deren besonderen Beschaffenheit, keine Appellationen zugelassen sind, auch die Beschwerde über offenbare Nichtigkeiten auszuschließen. Durch diese Rücksichten fand sich das K. O.A.-Gericht bewogen, in Sachen Rademin wider Christiani, in pto. Injuriarum, am 3ten Mai 1800 folgendes Verbesserungs-Rescript an das K. H.Gericht zu Stade zu erlassen:

Wenn nun gleich Unsere wegen Verbesserung des Justizwesens am 9ten u. 20sten Jun. 1749 erlassene Verordnung vorschreibet: daß von den Erkenntnissen der Aemter und Untergerichte Unserer Herzogth. Br. und V., in Injurien-Sachen, keine Appellationen bey den höheren Gerichten angenommen werden sollen; da jedoch hierdurch die Erlassung einer abändernden Verfügung, in solchen Fällen, wo von den Aemtern und Untergerichten offenbar nichtig verfahren ist, keinesweges ausgeschlossen wird; in dem vorliegenden Falle aber, vorjetzt, und so lange die Unwahrheit unausgemachet bleibet, aller rechtlicher Grund einer Injurien-Klage mangelt, mithin das schon jetzt auf — gerichtete Amtserkenntniß völlig nichtig ist; — So habt Ihr,
mit

mit Beyseitsetzung Eures Bescheides v. 7ten September 1799, nach Anleitung Unserer obengedachten Verordnung §. 1. und der Untergerichts-Ordnung v. 5. November 1753, Tit. 10. §. 10., sämmtliche zu der Sache gehörende Acten von Unserm Amte B. einzufordern, die Richtigkeit — auszumitteln, und demnächst, dem Befinden der Umstände nach, weiter zu erkennen w. R.

XIII. Erörterung.

Ein Bürgschaftsfall, wobey der Satz: daß jede Bürgschaft strenge zu erklären sey, geprüft wird.

Die Amtsschreiberin Niemann hatte sich bey Königl. Cammer für die ihrem Ehemanne anvertraueten Hebungen und Registerführungen auf eine rechtsgültige Weise unbedingt verbürgt; wegen der etwa entstehenden Unrichtigkeiten und Rechnungsdefecte des Rechnungsführers, die unbeschränkteste Sicherheitsleistung übernommen, und zu dem Ende der Renntcammer ihre sämmtliche Haabe und Güter, bewegliche und unbewegliche, nomina et actiones überhaupt gerichtlich verpfändet. Der Ehemann derselben verfiel nachmals in Concurs, und hinterließ einen ansehnlichen Cassendefect, welchen die Ehefrau, als Bürgin, mit ihrem Brautschatz und Illatenforderungen nicht völlig decken konnte. Als derselben nachmals die mütterliche Erbschaft zufiel, forderte hieraus der Anwald der Renntcammer die Erstattung des gebliebenen Rechnungsrestes und die völlige Befriedigung der Cammer.

Die Bürgin wollte sich indeß hierzu insonderheit aus einem zweifachen Rechtsgrunde nicht verstehen; weil erstlich das Vermögen der Mutter ihr erst nachher angefallen, und von ihr nicht mit

mit verpfändet; zweitens aber eine jede Bürgschaftsverpflichtung einschränkend auszulegen wäre. Allein so wenig aus dem einen als andern Grunde ließ ihre Intention sich rechtfertigen.

Unter einer allgemeinen Verpfändung, welche in dem Bürgschaftsinstrumente mit den Worten: meine sämmtliche Haabe und Güter, ausgedrückt war, sind die zukünftigen Güter mit begriffen y). Es wäre also überflüssig gewesen, bey der Hypothekbestellung des zukünftigen Vermögens ausdrücklich zu erwähnen. Die Hypothekbestellung mußte daher unstreitig auch auf die zukünftig erworbenen Güter der Caventin erstreckt werden.

Unter den Rechtsgelehrten ist die Regel freilich gewöhnlich, daß jede Bürgschaft strenge — Einige sagen stricte, Andere strictissime — erklärt und im Zweifel mehr für als wider den Bürgen gesprochen werden müsse. In den römischen Gesetzen hat dieselbe allerdings ihren Grund z), weil bey den Römern alle Bürgschaften durch Stipulation geschahen, mithin ein negotium stricti juris dabey zum Grunde lag. Auch insofern hat diese Regel ihre gute Richtigkeit, daß alle Bürgschaften nicht ad incogitata ausgedehnt, sondern nur darauf eingeschränkt werden können, worüber die Partheien einig geworden sind; z. B. man hat sich nur auf eine gewisse Zeit, auf eine bestimmte Summe, unter gewissen Bedingungen u. s. w. verbürgt a). Aber irrig ist es, wenn man dieselbe als eine den Bürgschaften besonders eigene Regel

y) L. fin. C. quae res pign. Stryk in cautel. contract. Sect. 2. c. 4. §. 15. Gmelins Ordnung der Gläubiger. Kap. 4. §. 2.

z) L. 99. D. de V. O.

a) Höpfner im Commentar, §. 841.; pract. Erörterungen, B. 2. Num. 10 und 11.

Regel der Interpretation ansehen will. Die Bürgschaft wird heut zu Tage, da wir von der römischen Formular-Jurisprudenz nichts beybehalten haben, wie jeder andere Vertrag betrachtet, und es ist also kein Grund vorhanden, warum eine Bürgschaft strenger, als ein anderes pactum, erklärt werden sollte. Ein jeder Vertrag ist vielmehr nach der Absicht der Contrahenten zu erklären, und man muß mehr auf den Sinn derselben, als auf die Worte sehen, deren sie sich bedient haben b). Diese Regel muß daher auch für die Auslegung der Bürgschaften gelten, und es ist folglich nicht jede ausdehnende Erklärung bey denselben auszuschließen. Die wahre Absicht der Contrahenten, und was sie unter sich festsetzen wollen, hat man aber insonderheit aus der Natur und rechtlichen Beschaffenheit ihrer Verabredung zu beurtheilen c).

In dem obigen Falle war es nun von Seiten der Rentcammer gewiß die Absicht, die möglichste Sicherheit zu erhalten, und von Seiten der Bürgin, da sie ihre gesammte Haabe und Güter verpfändete, derselben alle nur mögliche Sicherheit zu geben. Denn die Bürgschaft war ganz unbedingt, ohne Einschränkung, geleistet, und in dem Bürgschaftsinstrumente zu dem Zwecke noch ausdrücklich versprochen: „daß sie in allen gute Richtigkeit machen, den schuldigen Nachstand an Gefällen, sie haben Namen wie sie wollen, baar und richtig erlegen, auch allen Schaden und Versäumniß, falls sich solcher zutragen würde, bezahlen und erstatten wolle." Wäre es also bey Errichtung des Bürgschaftscontractes die Intention der Contrahenten gewesen, daß nur dasjenige Vermögen der Bürgin, welches sie zu der Zeit bereits hatte, zur Hypothek dienen sollte; so

b) L. 219. D. de V. S. Schmidt de fidejussore plane non obligato. §. 18.

c) Hofacker principia jur. civ. Tom. 1. §. 229.

so würde ohne Zweifel die Hypothekbestellung entweder nur auf eine bestimmte Summe, oder ausdrücklich nur auf das damalige *gegenwärtige* Vermögen derselben eingeschränkt, und nicht namentlich auf ihre *sämmtlichen Güter* gerichtet seyn. Da indeß die Bürgin für den ganzen etwannigen Rückstand ihres Ehemannes zu haften, unbedingt versprochen hatte, und die zur Sicherheit der Cammer bestellte allgemeine Hypothek unstreitig auch auf deren erst nachmals erworbenes Vermögen zu erstrecken war; so durfte auch der Bürgschaftsvertrag nicht *strenge* ausgelegt, sondern er mußte lediglich aus der Absicht der Contrahenten erkläret werden. Bloße Gründe der Billigkeit und des Mitleids, wenn die Gesetze der Anwendung derselben entgegen sind, konnten keine rechtliche Rücksicht verdienen, da der Richter, so schwer es seinen [illegible]en auch oftmals wird, auf Kosten der Gesetze nicht gelind[illegible] darf d). Nach diesen Grundsätzen sprach das Tribunal am 18. Jun. 1799 und 12. Jan. 1800 in S. der Gerichtsdirectorin *Niemann* w. den Anwald *der Cammer* in pto. Registernachstandes.

d) quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. L. 12. §. 1. D. qui et a quibus etc.

XIV. Erörterung.

Ein Beneficial-erbe kann die Eröffnung eines förmlichen Concursprocesses nicht verhindern.

Der für die nachgelassenen minderjährigen Kinder des verstorbenen Billardeur Rosenbach gerichtlich bestellte Vormund hatte die väterliche Erbschaft seiner Pflegbefohlnen cum beneficio legis et inventarii angetreten, und die väterlichen Gläubiger seiner Pupillen, zur Erforschung des Vermögensbestandes, öffentlich vorladen lassen. In dem termino professionis ergab sich eine, das vorhandene Activvermögen anscheinend weit übersteigende, Schuldenlast; doch waren sämmtliche angebrachten Forderungen noch nicht liquide. Für die Sicherheit der Masse hatte man aber von Gerichtswegen Vorsorge genommen. Ein Theil der Gläubiger verlangte darauf die sofortige Eröffnung des Concursprocesses und Ansetzung eines von ihnen in Vorschlag gebrachten curatoris bonorum et ad lites; weil bey der vorhandenen Insufficienz des Nachlasses dem Vormunde, um die Befriedigung der Gläubiger aufzuhalten, keine weitere Deliberationsfrist zukommen könne, und er mithin auch nicht befugt sey, die etwannigen Activforderungen des Erblassers, ihres Schuldners, gerichtlich

zu betreiben. Ein anderer Theil der Gläubiger hingegen widersprach der sofortigen Eröffnung des Concurses und Ansetzung eines curatoris, und wollte vielmehr die Regulirung des Liquidationsgeschäftes und die Betreibung anhängiger Processe, zur Berichtigung des corporis bonorum, dem bestellten Vormunde überlassen wissen. Der Magistrat zu Münden verwarf das Gesuch der erstern, und die Hannöversche Canzley erkannte in appellatorio bestätigend, daß, da die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, bis zu erfolgter Erklärung des Vormundes, ob er die Erbschaft beybehalten, oder den Gläubigern überlassen wolle? von der Eröffnung eines Concurses und Anstellung eines Güterpflegers nicht die Frage seyn könne.

Nun ist es zwar sehr streitig, ob einem Erben, in Rücksicht derselben Erbschaft, das jus deliberandi und auch das beneficium inventarii zugleich zukommen, und ob er beydes zugleich mit einander verbinden könne? Von vielen Rechtsgelehrten e) wird solches aus dem anscheinenden Grunde geleugnet, weil derjenige, welcher die Erbschaft cum beneficio inventarii wirklich angetreten hat, nun nicht noch weiter berathschlagen kann, ob er sie annehmen will, oder nicht? und daß daher die Erwählung des einen beneficii den Gebrauch des andern von selbst ausschließen müsse. Wenn man aber auch die entgegengesetzte Meinung f), da Justinian das jus deliberandi nicht aufgehoben hat, annehmen will; so stehet es doch bekanntlich nicht in der Willkühr des Erben, wenn die Gläubiger auf eine Erklärung dringen, die Bedenkzeit nach Gefallen zu bestimmen, sondern er muß

e) de Aeminga quaest. juridic., an heres deliberans beneficio inventarii uti possit? Rumpf de jure deliberandi et beneficio inventarii. §. 32.

f) Madihn princ. jur. rom. de successionibus. §. 248.

muß solche binnen der gesetzlich bestimmten oder vom Richter erstreckten Zeitfrist abgeben g). Ist sie abgelaufen, so haben die Gläubiger ein unstreitiges Recht, den Erben, wenn gleich nicht gerade zur Antretung der Erbschaft, doch dazu anzuhalten, daß er sie ausschlagen und ihnen zu ihrer Befriedigung überlassen muß. Zeigt es sich alsdann, daß die Erbmasse nicht zur Bezahlung aller Gläubiger hinreichend ist, so muß ein förmliches Concursverfahren eintreten.

Hat aber der Erbe die angefallne Erbschaft ausdrücklich cum beneficio inventarii angenommen, so ist es ihm allerdings verstattet, die Gläubiger, welche sich zuerst melden, ja sich selbst, zu bezahlen, wenn er nur den Vorzug der Zeit unter den Creditoren beobachtet h). Zeigt es sich indeß klar, daß die Erbschaft zur Bezahlung aller Schulden nicht hinreicht, und der Erbe wollte geringere Gläubiger vor vorzüglichern befriedigen: so würde diese Handlung von seiner Seite nicht blos eine böse Absicht verrathen, weshalb er den Beschädigten zum Schadensersatz verbindlich werden würde i); sondern die Gläubiger könnten auch ohne Zweifel, um den für sie hieraus entstehenden Nachtheil abzuwenden, gerichtliche Verfügungen wider den Beneficial-erben erwürken, und auf die Eröffnung eines förmlichen Concursverfahrens antragen, und der Erbe würde dergleichen richterliche, auf Ansuchen der Gläubiger und zu deren Sicherheit abzweckende Verfügungen, durch eine bloße Beziehung auf die ihm zustehende gesetzliche Wohlthat des inventarii, nicht hintertreiben und unwirksam machen können.

Ein

g) Höpfner im Commentar, §. 548.

h) L. 22. §. 4. C. de jure deliberandi. Klaproth von Testamenten, §. 66. a Pufendorf Animadv. 88.

i) Rumpf l. c. §. 25. Lauterbach in C. th. pract. Lib. 38. Tit. 8. §. 14.

Ein Beneficial-erbe darf ferner in dem gesetzlich bestimmten Zeitraume, da das inventarium zu errichten ist, von keinem der Gläubiger auf Bezahlung gerichtlich angesprochen werden, und wenn es geschiehet, so ist er befugt, die dilatorische Einrede des noch nicht vollendeten inventarii zu opponiren k). Zur Vollständigkeit desselben gehört aber die Verzeichnung sowohl des Activ- als Passivvermögens. Der Zustand der Erbschaftsmasse läßt sich gleichwohl nicht immer aus der Einsicht der Papiere des Verstorbenen mit Sicherheit entdecken, und es ist daher für den Erben nützlich und nothwendig, die Gläubiger gerichtlich vorladen zu lassen l). Ohne Zweifel kann alsdann der Beneficial-erbe nicht allein das Liquidationsverfahren betreiben, einen Vergleich versuchen und dergl., sondern die Gläubiger selbst müssen den Punct der Liquidität ihrer Forderungen wider denselben richten. Allein dieses Verfahren hindert diejenigen Creditoren gar nicht, deren Forderungen liquide sind, auf ihre Befriedigung zu dringen, wenn die zur Vollendung des inventarii vorgeschriebene Zeitfrist abgelaufen ist. Kann alsdann der Beneficial-erbe diese Gläubiger nicht auf einmal und mit einander zugleich befriedigen, oder zeigt es sich nach dem Professionstermine offenbar, daß die vorhandene Schuldenlast das Vermögen übersteigt: so haben die Creditoren unstreitig die Befugniß, auf die Einleitung eines förmlichen Concursverfahrens anzutragen, und der Richter darf sie mit einem solchen Gesuche wenigstens nicht aus dem Grunde abweisen: weil sich der Erbe noch nicht bestimmt erklärt habe, ob er die Erbschaft beybehalten, oder sich derselben entschlagen wolle?

Die Mitgläubiger haben hierbey, wo von keinem eigentlichen Stundungs- oder Nachsichtsvertrage die Rede ist, so wenig ein begründetes Widerspruchsrecht, als der Beneficial-erbe. Dem

k) L. 22. §. 11. C. de jure delib. Rumpf l. c. §. 27.

l) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 86.

Dem letztern darf man doch wohl keine größere Rechte einräumen, als sein Erblasser selbst hatte, und mithin kann er auch die Bezahlung der liquiden Forderungen unter den Vorwande nicht aufhalten, daß vor völliger Berichtigung des Liquidationsgeschäftes der Status passivorum annoch in Ungewißheit beruhe. Die öffentliche Vorladung der Gläubiger gereicht ohnehin blos zu Sicherheit und Schadensverhütung des Erben m). Nach verflossenem Professionstermine läßt es sich auch in den meisten Fällen sehr leicht beurtheilen, ob es rathsam sey, die Erbschaft beyzubehalten, oder sich durch Restitution derselben von der ganzen Verbindlichkeit eines Erben zu befreien. Wollte man also die Abgabe einer solchen Erklärung ganz von der Willkühr des Erben abhängig machen, so könnte die Sicherheit der Gläubiger nicht blos in Gefahr kommen, sondern sie würden auch durch die dadurch veranlaßte spätere Befriedigung in Schaden gesetzt werden. Und wenn man übrigens annehmen dürfte, daß die in den römischen Gesetzen vorgeschriebene Zeitfrist, binnen welcher das Inventarium vollendet werden soll, heutiges Tages nicht mehr zu beobachten sey: so können doch unstreitig die Gläubiger zu ihrer Sicherheit bey dem Richter darauf antragen: daß dem Erben aufgegeben werde, sich binnen einer Präjudicialfrist zu erklären, ob er die Erbschaft beybehalten, oder sich derselben entschlagen wolle? In Erwägung dieser und einiger besondern Gründe schlug zwar das Tribunal am 25. Jan. 1800 in S. Rosenbachscher Gläubiger w. von Hanstein das Gesuch pro rescripto ab, fügte jedoch den Entscheidungsgrund hinzu: daß es denen Creditoren, deren Forderungen liquide wären, unbenommen bleibe, bey ungebührlich verzögerter Erklärung des Vormundes der Curanden, ob er die Erbschaft beybehalten oder sich derselben entschlagen wolle? bey dem Magistrate zu Münden auf ihre Befriedigung, und falls sie solche nicht erhalten könnten, auf die Eröffnung des Concursprocesses weiter anzutragen.

m) a Pufendorf l. c. §. 2 u. 4.

XV. Erörterung.

Was für Provincial-Gesetze gelten in dem Amte Wildeshausen; und besonders, nach welcher Zehntordnung sind die dort entstehenden Zehntstreitigkeiten zu entscheiden?

1.

Diese Frage kam dadurch zur richterlichen Entscheidung, daß das Amt Wildeshausen eine vor demselben rechtshängige Zehntsache nach Anleitung der Calenbergischen Zehntordnung beurtheilte; das K. Hof-Gericht zu Hannover aber das von demselben in der Sache abgegebene abändernde Erkenntniß aus der Vorschrift der Zehntordnung des Herzogthums Bremen hernahm, und hiermit eine Appellation an das höchste Tribunal veranlaßte.

2.

Eine durch den Druck, oder auf andere Art allgemein bekannte, Landesherrliche Vorschrift über den in Frage seyenden Gegen-

Gegenstand findet sich nicht. Selbst die Beamten zu Wildeshausen, deren Bericht von dem K. O.A.-Gerichte darüber gefordert ist: ob dem Amte eine landesherrliche Anweisung zugegangen sey, nach was für Verordnungen dasselbe sich in judicando richten solle? haben erwidert: daß eine solche Anweisung in der Amts-Registratur nicht vorhanden wäre *). Die aufgestellte Frage muß also lediglich theils nach Anleitung der Geschichte, und der aus Druckschriften bekannten älteren und neueren Verhältnisse des Amtes W. zu den nächstbelegenen Provinzen der hiesigen Lande, theils nach Maaßgabe der bisher stattgefundenen Observanz beurtheilet werden.

3.

Das oben in Westphalen an der Hunte belegene, und von den Grafschaften Oldenburg, Delmenhorst und Diepholz,

*) Besondere Landes-Verordnungen, welche allein das Amt Wildeshausen bezielten, und specialiter für diesen kleinen Theil der Chur-Braunschweigschen Lande ertheilet waren, finden sich nicht. Auf der andern Seite kann man nicht annehmen, daß unsere Landesherrn, die von je her sorgfältig darauf bedacht waren, in ihren Ländern die Mängel und Unbestimmtheiten des gemeinen Rechts durch besondere Gesetze zu ergänzen und zu berichtigen, die Absicht gehabt haben könnten, das einzige Amt Wildeshausen von der Würkung jener heilsamen Gesetzgebung auszunehmen, und bey der Entscheidung der in dem Amte vorfallenden Rechtsstreitigkeiten nur die Vorschriften des gemeinen Rechts eintreten zu lassen. Man darf also mit Zuverläßigkeit voraussetzen, daß die Gesetze der einen oder der anderen Provinz der hiesigen Churlande sich auch auf Wildeshausen mit erstrecken; und es kömmt nur darauf an: welche Sammlung der unter sich sehr verschiedenen Provincial-Rechte der hiesigen Lande dort zur Anwendung zu bringen sey?

holz, auch den Münsterschen Aemtern Vechte und Kloppenburg eingeschlossene Amt Wildeshausen hat schon seit den frühesten Zeiten sehr abwechselnde Schicksale in Rücksicht seiner Eigenthümer und Landesherrn gehabt n). Ursprünglich gehörte die Stadt mit ihrem Zubehör zu den Erbgütern der ersten Grafen von Oldenburg aus dem Wittekindischen Stamme. Im 13ten Jahrhunderte geriethen des Grafen Johann d. Jüng. Sohne, Heinrich und Burchard, mit ihren Vettern, den übrigen Grafen von Oldenburg, von des Grafen Christian Nachkommenschaft, wegen des Besitzes des Schlosses W. in Streit, und man verglich sich dahin, daß die Streitenden ihre Ansprüche auf den schiedsrichterlichen Ausspruch des Erzbischofes Gerhard d. 2ten zu Bremen ankommen lassen wollten.

Der Erzbischof erkannte das Schloß nebst der Herrschaft dem Grafen Heinrich und dessen Bruder zu, und diese waren dafür so dankbar, daß sie das Schloß, die Stadt und die Herrschaft dem Erzstifte zu Bremen zu Lehn auftrugen o). Als des Grafen Burchard Sohn, Heinrich der Bogener, in der Folge ohne Kinder verstarb, so nahm der Erzbischof Hildebold von Bremen im Monat August 1270 Wildeshausen als ein ihm anheimgefallenes Lehn in Besitz, ließ sich von den

n) Eine ausführliche Geschichte der Stadt, des ehemaligen dortigen Collegial-Stiftes Sct. Alexander, und der ganzen Herrschaft Wildeshausen, findet sich b. Joh. Vogt Monum. inedit. rerum germ. praec. Bremenſ. T. 1. pag. 400. ſeq. J. G. Eccard Hiſtor. princip. Saxoniae, pag. 20 ſeq.

o) Die Urkunde hierüber ist 6to nonar. Martii An. 1229 datiret, und in Gegenwart von 48 Gräflichen, Adlichen, Geistlichen und anderen Personen, vollzogen. vid. Vogt l. c. pag. 417. Büschings neue Erdbeschreibung, Th. 3. B. 3. S. 3270.

den Unterthanen huldigen, und fand die übrigen Grafen von Oldenburg, welche an die Herrschaft Anspruch machten, mit Gelde ab p).

Hildebolds Nachfolger, Giselbert, brachte es auch dahin, daß die Herzöge von Braunschweig, Albert und Otto, welche, als Nachfolger Heinrich des Löwen, auf die Herrschaft Anspruch machten, diesen Ansprüchen in den Jahren 1279 und 1280 für sich und ihre Erben gänzlich entsagten q). Die Erzbischöfe zu Bremen ließen das eingezogene Lehn durch einen Amtmann oder Drosten verwalten, verpfändeten aber dasselbe in den folgenden Zeiten vielfältig. Wegen dringenden Geldmangels sahe sich der Erzbischof Albrecht genöthiget, das Amt an das Domcapitel und den Rath zu Bremen zu versetzen r), jedoch bestellte das Erzstift noch immer einen Amtmann daselbst. Die Pfand-inhaber versetzten Wildeshausen anfangs zum vierten Theile s) an Hugo von Schagen, und nachmals, Inhalts der Urkunden v. 1405 und 1409, im Ganzen an Johann, Grafen von Diepholz. Ob und wie der Pfandschilling in der Folge an die Grafen von Diepholz abgetragen ward, ergeben die vorhandenen Nachrichten nicht; so viel ist aber gewiß, daß um das Jahr 1413 das Erzstift Bremen, durch die Beyhülfe Conrads, Grafen von Oldenburg, wieder zu dem Besitze von

p) Albert Crantz Saxon. Lib. 2. Cap. 26. Hamelmann Rastadt. Chronik. Th. 1. Cap. 21.

q) Lünig Spicil. Eccles. C. 3. pag. 948.
Staphorst Hist. Eccles. Hamburg. T. 2. pag. 17.

r) Es geschahe dieses am Tage nach Margarethae virginis 1376, und der Pfandschilling bestand in 2600 Bremer Mark.

s) In crastino Beati Nicolai 1385.

von Wildeshausen gelangete t). Der neue Besitz war jedoch nicht von langer Dauer. Schon 1426 bekam Lüdecke Rickbers das Schloß W. von dem Erzbischofe Nicolaus, wegen einer Schuld von 500 Rheinischen Goldgülden, auf 8 Jahre zum Pfande: und ehe noch diese Zeit verflossen war, nämlich 1429, verpfändete derselbe Erzbischof, wie es in der Pfandverschreibung ausdrücklich heißt, das Schloß und Amt mit aller Zubehör, Herrlichkeit, Aufkommen, Renten, Zöllen und Mühlen, auch dem Gerichte zu Wildeshausen, an den Bischof von Münster, Heinrich von Moerse, für die Summe von 4200 Rheinischen Goldgülden u). Von 1429 bis 1458 blieb das Amt in dem Besitze der Bischöfe von Münster. In dem letztgedachten Jahre versetzte aber der Bischof Johann dasselbe für 4000 Rhein. Gülden dem Grafen Johann von der Hoya. Ein nachfolgender Bischof, Heinrich, Graf von Schwarzburg, versuchte zwar 1465 die Einlösung, weil aber der Pfandschilling nicht völlig abgetragen werden konnte, so ward noch in demselben Jahre das Amt den Grafen von Hoya bis 1471 von neuem überlassen x). Nur auf wenige Jahre nach Verlauf dieses Pfandvertrags kam das Erzstift Bremen wieder zu dem Besitze von Wildeshausen; denn bereits 1493 versetzte der ebenerwähnte Bischoff Heinrich von Münster, der auch zugleich Administrator des Erzstiftes Bremen war, das Ländchen für 1100 Rhein. Goldgülden an Wilhelm von dem Busche. Dieser verordnete zwar durch ein Testament, daß nach seinem Tode das Amt nur dem Erzstifte wieder übergeben werden solle; als er aber verstarb, so setzte sich der Bischof Friedrich von Münster, unter dem Vorwande einer Ahndung der von den

t) Hamelmann Oldenburg. Chron. Th. 2. Cap. 9.

u) J. B. Mencke Script. rerum German. T. 1. pag. 600.

x) Vogt l. c. pag. 461 seq.

den Wildeshäusern angeblich erlittenen Beschimpfungen, i. J. 1523 mit Gewalt in den Besitz des Amtes, des Schlosses und der Stadt, und verwüstete einen großen Theil der letzteren.

Die wiederholten Versuche der Erzbischöfe von Bremen, das Amt W. auf dem Wege der Güte von den Bischöfen von Münster wieder zu erhalten, blieben immer fruchtlos, und der Erzbischof Heinrich sahe sich endlich gezwungen, seine Ansprüche gegen den Bischof Johann von Münster vor dem Cammer-Gerichte zu Speier auszuführen. Zur Urthel in dieser Rechtsstreitigkeit ward zwar 1619 geschlossen; allein die Unruhen des 30jährigen Krieges verhinderten die Abgabe eines Erkenntnisses, und bald nach der Schlacht bey Lützen bemächtigten sich die Kriegesvölker Königs Gustav Adolph von Schweden des ganzen Amtes, und behielten dasselbe im Besitze, bis der bekannte Schwedische Canzler und Legat, Axel Oxenstiern, am 7ten September 1634 dem Schwedischen Residenten am Westphälischen Creise den Auftrag ertheilte: dem Erz- und Bischofe der Stifter Bremen und Lübeck, Johann Friedrich, nachherigem Könige von Dänemark, das Amt und Stift W., so hiebevor dem Erzstifte Bremen zuständig gewesen, in bester Form Rechtens, cum omni jure superioritatis, auch aller landesfürstlichen hohen Obrigkeit und Bothmäßigkeit in Geist- und Weltlichen zu cediren und wieder einzuräumen.

Kaum vierzehen Jahre nachher wurden durch den Westphälischen Friedensschluß, Art. 10. Nr. 7., das Erzstift Bremen und Bisthum Verden secularisiret, und als Herzogthümer der Krone Schweden übertragen, welche zu gleicher Zeit auch das Eigenthum von Wildeshausen, als eines von jenen Herzogthümern ganz abgesondert betrachteten Landesdistrictes, erhielt y).

Da

y) Schmauſs Corp. Jur. Publ. Academ. 3te Auflage, S. 908 u. f.

Da bekanntlich die Schweden, zu der Zeit des 30jährigen Krieges, die den catholischen Bischöfen abgenommenen Länder als ihr Eigenthum betrachteten, so hatte König Gustav Adolph seinem natürlichen Sohne, dem Grafen von Wasaburg, das eroberte Stift Osnabrück geschenket z). Durch den Art. 13. §. 2. des Westphälischen Friedens wurde gedachter Graf verbindlich gemacht, seinen Rechten auf Osnabrück gegen eine ihm aus dem Stifte zu zahlende Summe von 80000 Rthlr., zu entsagen a), und die Königin Christine von Schweden gab, um die Räumung von Osnabrück zu befördern, dem Grafen von Wasaburg das Amt Wildeshausen zu Lehn. In dieser Belehnung waren jedoch die Landeshoheits-Rechte nicht mit begriffen. Das Justizwesen des Amtes ward daher von Seiten der Krone Schweden besorget, und die Appellationen giengen an die Schwedische Justitz-Canzlei zu Stade b). Dieses Verhältniß dauerte bis zum Jahre 1675. Als damals der König Carl Gustav von Schweden sich mit Frankreich gegen den Kaiser feindlich verband, und für einen Reichsfeind erkläret ward, so bemächtigte Christoph Bernhard, Bischof von Münster, bey Gelegenheit eines mit anderen Verbündeten unternommenen Einfalls in das Bremische, sich der Stadt und des Amtes W., und behielt beydes im Besitze. Erst bey Beendigung der damaligen Krieges-Unruhen durch den Nimweger Frieden mußte sich das Stift Münster durch einen besondern am 29sten März 1679 mit der Krone Schweden geschlossenen Tractat verbindlich machen, das Amt W. nur unterpfändlich bis dahin inne zu behalten, daß die bey der Belagerung von Ot-

z) Meiern Acta pac. Westph. T. 3. p. 424. T. 17. p. 417. Adami de Pacificat. Osnab. Monast. Cap. 22. §. 4.

a) Schmauss l. c. pag. 923.

b) Vogt l. c. pag. 448. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. Seite. 399.

Ottersberg aufgewandte Kosten dem Stifte mit 100000 Banco-Rthlr. vergütet seyn würden. Durch die 1699 geleistete Zahlung dieser Summe erhielt die Krone Schweden wieder auf kurze Zeit den Besitz von Wildeshausen; ohne Zweifel bewürkte aber der Abtrag der Schuld, daß das Amt schon gleich in dem folgenden Jahre an den Churfürsten Georg Ludwig von Braunschweig Lüneburg verpfändet ward c).

4.

So gelangte denn schon mit dem Anfange dieses Jahrhunderts das hiesige Churhaus zu dem, wiewohl damals nur unterpfändlichen Besitze von Wildeshausen, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß schon damals die sich dazu qualificirenden Rechtsstreitigkeiten aus dem Amte Wildeshausen vor den Gerichten zu Hannover verhandelt und entschieden wurden d).

Die

c) In dem am 21. Junius 1700 wegen dieser Verpfändung errichteten Vertrage heißt es dieserhalb: daß Amt und Stadt Wildeshausen mit allem, was davon abhängig, insonderheit auch dem vormaligen im Westphälischen Frieden säcularisirten Collegio oder Stift, mit allen dessen Gerechtigkeiten und Pertinentien, wie die auch Namen haben, allermaaßen Ihro K. M. von Schweden, und Dero Vorfahren am Reich und Herzogthum Bremen, es vorhin inne gehabt, besessen und genossen, oder vermöge des Westphälischen Friedensschlusses billig inne haben, besitzen und genießen sollen und mögen, an das Durchlauchtigste Churhaus Braunschw. Lüneb. abgetreten und übergeben werde. Vogt l. c. pag. 449. Pratje Altes und Neues aus den Herzogthüm. Brem. und Verden. B. 7. Seite 8.

d) S. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 3. Seite 399., und die in der Registratur des K. O.A.-Gerichts befindlichen alten Acten i. S. H. W. von Schaden wider den Grafen G. M. von Wasaburg in pto. praetensae laesionis ultra dimid.

Die Kriegsunruhen, worin Schweden durch K. Carl d. 12ten verwickelt ward, verwandelten kurz darauf den unterpfändlichen Besitz von Wildeshausen in ein vollkommnes Eigenthums-Recht. Nachdem nämlich König Friedrich d. 4te von Dänemark i. J. 1712 sich der Herzogthümer Bremen und Verden, so zu sagen durch einen Schwerdtstreich bemächtiget hatte, so trat derselbe diese Länder durch den Tractat v. 11. Jul. 1715 dem Könige Georg d. ersten, als Churfürsten von Braunschw. Lüneb., gegen die Zahlung von 6 Tonnen Goldes auf ewig ab e); und diese Abtretung erhielt dadurch ein verstärktes Gewicht, daß selbst die Krone Schweden in dem nach Carl des 12ten Tode, am 9ten u. 20sten November 1719, zu Stockholm vollzogenen Friedensschlusse ihren Rechten auf das Brem- und Verdensche entsagte, und die Herzogthümer, nebst dem bereits verpfändeten Amte Wildeshausen, dem Churhause Hannover für eine Million Thlr. auf immer eigenthümlich überließ f).

Diese eigenthümliche Acquisition von Wildeshausen änderte in der dort schon seit 1700 bestandenen Einrichtung wegen der Verwaltung des Justizwesens, der Landeshoheit u. s. w. nichts Wesentliches. Das Amt blieb bis auf den heutigen Tag den Landescollegien zu Hannover unterworfen, und die Justizsachen des Ländchens giengen, nach der Wahl der Partheien in der Appellations-Instanz, entweder an die Justiz-Canzley oder das Hof-Gericht zu Hannover.

5.

e) Lamberti Mémoires pour servir à l'Hist. du 18. Siècle, à la Haye 1731, pag. 296.

f) Altes und Neues, B. 7. S. 27.
Schmauss Corp. Jur. Gent. Acad. T. 2. pag. 1794.
Dumont Corps diplomat. T. 8. P. 2. pag. 14.

5.

Alles dieses zeiget, daß die alten Rechte der Grafen von Oldenburg und der Herzöge von Braunschweig auf die Herrschaft Wildeshausen schon mit den Jahren 1270 und 1280 gänzlich erloschen sind; daß ferner in der Folge der Rath und das Dom-Capitel zu Bremen, die Grafen von Hoya und Diepholz, die Bischöfe von Münster, so wie der Graf von Wasaburg, die Herrschaft immer nur auf kurze Zeit, ohne ein rechtmäßiges volles Eigenthum, und entweder blos pfands- und lehnsweise ohne die Landeshoheits-Rechte, oder usurpirend durch die vorübergehende Gewalt der Waffen, besessen haben; und daß endlich seit 1280 einzig und allein die Erzbischöfe von Bremen nebst deren Nachfolgern in der Regierung, und die Churfürsten von Braunschweig Lüneburg, wahre Eigenthümer und Landesherrn von Wildeshausen gewesen sind.

Nie hat das Amt W. eigenthümlich zu den Grafschaften Hoya, Diepholz oder Bruchhausen, nie zu dem Fürstenthume Lüneburg oder dem Herzogthume Lauenburg gehöret; und schon lange vorher, ehe diese Länder dem Churhause anheim fielen, war gedachtes Amt den Landes-Collegien zu Hannover untergeben. Eine Verbindung mit dem Fürstenthume Grubenhagen läßt sich gar nicht gedenken, und es bleibt also bey der Bestimmung über die Frage: welche Provincial-Gesetze der jetzigen Churlande in dem Amte Wildeshausen zur Anwendung zu bringen sind? nur die Wahl zwischen den in dem Herzogthume Bremen geltenden und den für das Fürstenthum Calenberg ergangenen Landes-Verordnungen übrig.

6.

Zweifelhaft bleibt indessen diese Wahl nicht; denn überwiegende Gründe entscheiden für die Anwendung der Calenbergischen

Verordnungen. Gern kann man es allenfalls zugeben, daß die alten Bremischen Landesgesetze ehemals unbedingt auch im Amte Wildeshausen galten, und daß sie dort ihre volle Würksamkeit behielten, so lange das Amt, wiewohl schon seit 1700 an Chur-Braunschweig verpfändet, ein unstreitiges Eigenthum der Könige von Schweden, als Herzöge von Bremen, blieb. Allein seit der 1719 Schwedischer Seits geschehenen Abtretung des Eigenthums und aller Hoheits-Rechte, hat sich das vormalige Verhältniß sehr verändert. Das Amt W. ist durch diese Abtretung so sehr aus aller vormaligen Verbindung mit dem Bremischen gesetzet, daß selbst kein gründlicher Geograph es mehr zu diesem Lande rechnet g), und schon dieser Umstand führet die Ueberzeugung herbey, daß ohne eine ausdrückliche landesherrliche Vorschrift, welche sich aber nicht findet, die seit 1719 im Bremischen publicirten Gesetze nicht auf das ganz abgesonderte Wildeshausen angewendet werden können. Ein anderer Fall würde es seyn, wenn Wildeshausen bey der Trennung von Bremen, und bey der Ueberweisung an die Landes-Collegien zu Hannover, eine Zusicherung wegen der Beybehaltung der vorigen Verfassungen und Gesetze erhalten hätte, die der ähnlich wäre, welche bey dem Anfalle der Grafschaft Hoya an das Churhaus unterm 19ten November 1705 und 26sten März 1706 ertheilet ward h). Bey dem gänzlichen Mangel einer solchen Bestimmung kann eine fortdauernde Anwendung der Bremischen Verordnungen auf Wildeshausen so wenig eintreten, als jemand auf den Gedanken gerathen wird, die seit 1665 publicirten Lüneburgischen Landesgesetze aus dem Grunde auch auf das Fürstenthum Grubenhagen

g) **Büschings neue Erdbeschreibung, 3te Auflage. Th. 3. B. 3. Seite 3269.**

h) Engelbrecht de genuin. decis. font. in terris Bruns. Luneb. pag. 8. Not. a.

gen auszudehnen, weil dieses in den vorigen Zeiten von Landesherrn aus der Zellischen Linie des Hauses Braunschweig-Lüneburg regieret ward.

Es sind demnach wenigstens alle seit 1719 für das Bremische ergangene specielle Landesgesetze, in Rücksicht auf Wildeshausen, für ganz etwas Fremdes und Unverbindliches anzusehen, und da die Bremische Zehnt-Ordnung v. J. 1743 — das älteste Gesetz, welches sich wegen der Zehnten in der Sammlung Bremischer Constitutionen findet — lange nach 1719 gegeben ist, so folget daraus von selbst, daß aus derselben die Entscheidung der im Amte W. vorkommenden Zehnt-Streitigkeiten nicht hergenommen werden darf.

7.

Dahingegen darf man es wohl für richtig ansehen, daß die Calenbergischen Landesgesetze dieses Jahrhunderts sich auf Wildeshausen mit erstrecken, und daß besonders die in dem Amte entstehenden Zehnt-Streitigkeiten nach der Vorschrift der Calenbergischen Zehnt-Ordnung vom ersten Julius 1709 beurtheilet werden müssen. Es stellen sich zwar hiergegen die anscheinenden Zweifel auf, daß erstlich, nach geographischer Eintheilung, das Amt Wildeshausen ein für sich bestehendes Ländchen ausmachet, und daß dasselbe im eigentlichsten Verstande nicht zu dem Fürstenthume Calenberg gerechnet wird i); daß ferner die allgemeinen Verordnungen im Calenbergischen mit Einwilligung der dortigen Landes-Stände verfasset werden, dahingegen von einer ähnlichen Zuziehung der adlichen Gutsbesitzer u. s. w. im Amte W. nichts bekannt ist; und daß endlich, was besonders die Anwendbarkeit der Calenb. Zehnt-Ordnung betrifft, letztgedachtes Gesetz be-

i) Büsching a. a. O. Seite 3269.

bereits i. J. 1709, mithin zu einer Zeit gegeben ist, wo das Amt W. von den hiesigen Landesherrn als Fürsten von Calenberg noch nicht eigenthümlich, sondern blos pfandsweise besessen ward.

Diese Zweifel lassen sich jedoch leicht beseitigen. Ist gleich Wildeshausen dem Fürstenthume Calenberg nicht eigentlich incorporiret, so stehet es doch mit dieser Provinz in der allergenauesten, und man kann wohl sagen, in einer untrennbaren Verbindung. Ohne allen Vorbehalt, ohne die geringste bekannte Bestimmung wegen der Gültigkeit gewisser anderer Specialgesetze, ist das Amt schon seit einem Jahrhunderte dem Gerichtssprengel der Calenbergischen Obergerichte untergeordnet, mithin in diesem Stücke den Calenbergischen Aemtern völlig gleich gemachet. Hierin liegt die dringendste Vermuthung für die landesherrliche Absicht: daß in Wildeshausen eben diejenigen speciellen Rechte gelten sollen, zu deren Anwendung die vorgedachten Gerichtshöfe angewiesen sind.

Es verliehret die Vermuthung auch dadurch nichts von ihrem Gewichte, daß die Calenbergischen Provinzial-Gesetze gewöhnlich mit Zustimmung der dortigen Land-Stände verfasset werden, ohne daß dabey eine Zuziehung von Wildeshausen Statt findet. Die Theilnahme der Land-Stände an der Gesetzgebung gründet sich auf besondere Verfassung, und sie ist da, wo diese nicht durch Herkommen oder Verträge bestätiget wird, zu der Gültigkeit landesherrlicher Verordnungen keinesweges durchaus erforderlich. Der Umstand, daß die Unterthanen im Amte W. keinen activen Theil der Calenbergischen Legislatur ausmachen, hindert also an sich die Verbindlichkeit der Calenberg. Verordnungen gar nicht, und dem, der das Gegentheil behaupten wollte, könnte man zu seiner Widerlegung das Beyspiel der Grafschaft Diepholz in Erinnerung bringen, in welcher Provinz gleichfalls die Calenberg. Landesgesetze gelten, obgleich Diepholz weder zu der Calenbergischen Landschaft gehöret, noch besondere Landes-

Landes-Stände hat k). Anscheinender mögte die dritte, oben gerügte, speciellere Bedenklichkeit wegen der Anwendbarkeit der Calenb. Zehnt-Ordnung v. J. 1709 seyn, wenn eine ältere Bremische Zehnt-Ordnung existirte, und wenn die Calenbergische nicht in neueren Zeiten im Allgemeinen wiederholet und bestätiget wäre; denn es könnte alsdann allenfalls zweifelhaft werden, ob nicht das von den vormaligen Landesherrn von Bremen und Wildeshausen ertheilte Gesetz demjenigen vorgehen müsse, welches der Churfürst Georg Ludwig dem Fürstenthume Calenberg zu einer Zeit gab, da er Wildeshausen noch nicht eigenthümlich, sondern blos pfandsweise besaß. Dieser Fall tritt aber nicht ein. Es findet sich keine Bremische Verordnung wegen des Zehntens, die früher ertheilet wäre, als Wildeshausen an das hiesige Haus kam, und die Calenberg. Zehnt-Ordnung, v. 1sten Jul. 1709, ist unterm 7ten December 1742 und 21sten Jun. 1781 l), mithin zu einer Zeit, da Wildeshausen schon längst dem Churhause eigenthümlich gehörte, und unter den Calenbergischen Obergerichten stand, erneuert, bestätiget und declariret, und auf solche Weise auch auf mehrbesagtes Amt ausgedehnet werden.

8.

Die Würksamkeit der Calenberg. Landesverordnungen in dem Amte Wildeshausen bestätiget sich auch durch die in diesem Stücke bisher stattgefundene Observanz. Selchow behauptet nicht allein die durchgängige Gültigkeit der Calenberg. Lan-

k) Mascov Notit. jur. et judicior. Brunsuic. P. 1. Cap. 1. §. 30. v. Selchow Braunschw. Lüneb. Privatrecht. §. 24. Seite 17.

l) Struben Th. 4. Bedenk. 73.
Hannover. Anzeigen v. J. 1781. Stück 56.

Landes-Gesetze in dem Amte W. m), sondern es bezeuget auch Struben, daß bey der vor der Justiz-Canzley zu Hannover i. J. 1766 vorgekommenen Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit aus gedachtem Amte die Vorschrift der Calenberg. Canzley-Ordnung, Tit. 23. §. 3., mit zum Grunde geleget sey n). Es zeigen ferner einige auf Verlangen des K. O.A.-Gerichts von den Beamten zu W. eingesandte Acten wegen Zehntens, daß das Amt in diesen Sachen nach Anleitung der Calenb. Zehnt-Ordnungen erkannt hat *). Auch der von den Beamten einberichtete Umstand, daß sich bey dem Amte W. keine andere, als nur die Sammlung der Calenberg. Landesverordnungen findet, beweiset die Observanz dieser Gesetze, weil man mit Gewißheit annehmen kann, daß, wenn dort nach anderen Verordnungen gesprochen werden mußte, solche den Beamten zur Publication und Befolgung zugegangen seyn würden. Endlich bezeugen die Beamten, in dem auf Erfordern dem K. O.A.-Gerichte am 15ten Jul. 1797 erstatteten Berichte, unter Beziehung auf die Amtsregistratur, und mehrere namhaft gemachte Rechtsfälle: daß in dem Amte Wildeshausen von jeher nach keinen andern, als den Calenbergischen Landesverordnungen, und besonders nach keiner andern als der Zehnt-Ordnung von 1709 gesprochen sey. Dieser Bericht der Beamten verdienet den vollkommensten Glauben o), und zwar um so mehr, da der Inhalt und

m) v. Selchow a. a. O. §. 24. Seite 17.

n) Struben Th. 3. Bedenk. 18. §. 3. S. 401.

*) Was für Zehntordnungen gelten im Amte Wildeshausen? vom Herrn Oberappellationsrath von Rüling; im Hannöver. Magazin, Jahr 1800. St. 39. Vergl. den Zusatz eines Ungenannten ebend. St. 57.

o) Die Rechtslehrer urtheilen über die Beweiskraft eines durch den Richter ausgestellten Zeugnisses sehr verschieden; wenn aber, so wie hier, ein

und Gegenstand des Bezeugten noch durch manche andere Umstände unterstützet wird.

9.

Das K. O.A.-Gericht fand sich solchemnach bewogen, mittelst der am 21sten December 1799, in Sachen Müller zu Rittrum im Amte Wildeshausen wider Könemann zu Hundlosen, wegen Zehntens, eröffneten Sentenz zu erkennen: Nachdemmalen die in Unserm Herzogthume Bremen emanirte Zehnt-Ordnung v. J. 1743 keinesweges in Unserm Amte Wildeshausen gesetzliche Kraft hat, vielmehr daselbst nur die Calenbergsche Zehnt-Verordnung v. J. 1709 zur Anwendung zu bringen ist, so sind mit Wiederaufhebung des Erkenntnisses Unsers Calenbergischen Hof-Gerichts v. 22sten December 1796, und der darin vorgeschriebenen Beweis-Auflagen, Appellanten schuldig u. s. w.

ein Richter, aufgefordert von seinen Obern, in Dingen, die zu seinem Amte gehören, und bey denen er durchaus kein Interesse hat, etwas attestiret, und sich dieserhalb auf besondere Vorgänge beziehet, so fällt alle Bedenklichkeit wegen der Beweiskraft des Zeugnisses weg. Ludovici de Ind. extra acta aliquid asser. §. 11. Struben Th. 2. Bedenk. 52.

XVI.

XVI. Erörterung.

Ob die Auszahlung der gutsherrlich consentirten Abfindung der Kinder aus den Meierhöfen lediglich auf den Fall der Verheirathung derselben einzuschränken sey?

In den mit gutsherrlicher Einwilligung errichteten und gerichtlich bestätigten Ehestiftungen der Meierleute pflegt es ausgemacht und bestimmt zu werden, was die Kinder oder Geschwister des Hofbesitzers an Brautschatz, Aussteuer und Hochzeitskosten aus dem Hofe, meistens nur in terminlichen Zahlungen, empfangen sollen. Sehr oft wird unter der Ablobung, Abfindung, Brautschatz, Aussteuer, der ganze kindliche Erbtheil der Söhne und Töchter der Meierleute verstanden p). Diese Aussteuer bestehet aber unter den Meierleuten nicht blos darin, was man sonst unter der Ausstattung, besonders einer Tochter, zu verstehen, und unter apparatus et instructus nuptarum instru-

p) Strube accession. ad jus Villic. Obs. 20.; pract. Erörterungen Bd. 1. Nr. 38.

instructus muliebris, zu begreifen pflegt q); sondern sie enthält eigentlich den Antheil des theilbaren Allodii, welches an Vieh, Hausgeräthschaften und dergl. auf der Meierstelle befindlich ist r).

Die Auszahlung einer solchen Aussteuer, Abfindung, Brautschatz, läßt sich nun keinesweges auf den Zeitpunct einschränken, da sich die abgelobten Kinder oder Geschwister wirklich verheirathen; denn die Forderung des kindlichen Erbtheils wird weder in unsern Landesgesetzen, noch in den gemeinen Rechten, von der Eingehung einer Ehe abhängig gemacht. Der ehelose Stand kann die Forderung des Erbtheils nicht beschränken oder aufheben; weil sonst hierunter der Hofsbesitzer gewissermaßen ein Mortuarium ausüben würde, welches ihm nirgends eingeräumt ist s). Wenn daher die Auszahlung des Brautschatzes der Aussteuer blos auf den Fall der Verehlichung eingeschränkt werden sollte; so müßte eine solche Einschränkung sich entweder auf ein allgemeines Landesherkommen, oder auf eine besondere Observanz dieses oder jenes Amtes und Gerichts, oder auf eine besondere Verabredung gründen.

An einem allgemeinen Herkommen, vermöge dessen die Auszahlung der Ablobungen aus den Meierhöfen nicht früher, als bey erfolgter Verheirathung, gefordert werden kann, fehlt es durchaus. Zwar scheint Carstens t) dasselbe anzunehmen; allein es läßt sich weder aus den von ihm angeführten Präjudiciis, die ohne-

q) Von den verschiedenen Bedeutungen des Wortes: Aussteuer s. m. Schmidts Abhandl. verschiedener pract. Rechtsmaterien. B. 2. S. 420 f.

r) Runde von der Interimswirthschaft, Seite 204 f.

s) Runde deutsches Privatrecht §. 559.

t) de successione Villic. in Ducatu Br. Luneburg. §. 217.

ohnehin blos von der Regulirung einer Abfindung reden, und sich gar nicht auf ein Herkommen beziehen, noch durch dasjenige erweisen, was bey den Abfindungen der Töchter aus den Meierhöfen hin und wieder gebräuchlich ist. Die Töchter der Landleute verlassen den Hof selten früher, als bey ihrer Verheirathung, und die Söhne meistens nur erst dann, wenn sie ein besonderes Gewerbe und einen abgesonderten Haushalt anfangen. Der Grund, warum die Ablobungen nicht früher, als vor gänzlicher Verlassung des Hofs, pflegen ausbezahlt zu werden, liegt übrigens in dem Umstande: weil die Söhne und Töchter der Meierleute, ehe sie sich etabliren und gänzlich aus dem Hofe entfernen, wenn sie gleich eine Zeitlang, z. B. als Dienstboten, aus dem Hofe entfernt gewesen und nachmals dienstlos geworden sind, gewöhnlich auf denselben zurückkehren, und von dem Wirthe, wenn sie in dem Hofe mit arbeiten, unterhalten werden. Man kann daher die Auszahlung der Abfindung nicht auf den Fall der Verheirathung einschränken; vielmehr tritt die Zahlungsverbindlichkeit in allen den Fällen ein, wo die Söhne und Töchter der Meier den Hof auf immer und gänzlich verlassen, sie mögen sich verheirathen oder nicht. Wenn also die Söhne ein eigenes Gewerbe anfangen; einen Dienst erhalten; die Töchter sich in ein Hospital einkaufen, oder in Städten ihren eigenen Haushalt anfangen, mithin den Hof gänzlich und auf beständig verlassen: so können sie die Ablobung und Aussteuer aus dem Hofe mit Recht fordern, sie mögen sich verheirathen, oder ehelos leben.

Gesetzt nun aber, es könnte in diesem oder jenem Amte und Gerichte ein besonderes Herkommen gehörig erwiesen werden, nach welchem die Zahlungsfrist der Ablobung auf den Fall der Verheirathung eingeschränkt wäre; oder man hätte auch in der Ehestiftung die Auszahlung derselben ausdrücklich von der Verheirathung abhängig gemacht; so dürfte dennoch

die

die Zahlungspflicht nicht einzig und allein auf den Ehestand einzuschränken seyn. Die Gesetze bestimmen nirgends den Verlust des Erbtheils als Strafe des Cälibats, und die Natur der Sache ergiebt es, daß die Kinder eines Meiers, welche unverheirathet in einen Stand treten, oder ein solches Gewerbe anfangen, welches in der Regel einen abgesonderten Haushalt erfordert, eben sowohl den Hof gänzlich verlassen, als wenn sie sich wirklich verehlicht hätten. Die Meierkinder können auch zuweilen Krankheits oder Gebrechlichkeits halber nicht heirathen, oder, besonderer Umstände wegen, es ihrer Convenienz gemäß finden, unverehlicht zu bleiben; aber demungeachtet eine separatam oeconomiam anfangen. Wenn also die Natur der Sache nicht gänzlich abgeändert werden soll, so darf man die Auszahlung der Ablobung nicht schlechterdings auf den Ehestand einschränken; sondern man muß sie, selbst nach der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten, auf jedes mit einem abgesonderten Haushalte und mit einer gänzlichen Verlassung des Hofes verknüpftes Gewerbe billig erweitern.

Nur in Rücksicht der ausgelobten Hochzeitskosten bringt es die Natur derselben schon mit sich, daß sie ohne wirkliche Heirath nicht gedacht, und mithin nicht anders gefordert werden können, als wenn eine Heirath vollzogen wird. Nach diesen Grundsätzen hat die Zellische Justiz-Canzley im Dec. 1792 in S. Dreyer w. die Dreyerschen Vormünder, in pto. Abfindung aus dem Hofe, auf folgende Weise erkannt: Nachdem so wenig in des Jacob Dreyers Ehestiftung, daß des Bräutigams Brüder ihren kindlichen Antheil allererst bey ihrer Verheirathung erhalten sollten, festgesetzt, als wenig eine solche Einschränkung in den Landesgesetzen verordnet ist; ein deßhalb im Amte Rethem besonders, oder im Fürstenthum Lüneburg überhaupt obwaltendes rechtliches

liches Herkommen aber, besonders so viel die Abfindung der Söhne aus den Meiergütern betrifft, mit nichts dargethan worden: daß daher übel gesprochen — Kläger und Appellant mit seiner Klage nicht bis zu seiner Verheirathung zur Ruhe zu verweisen, vielmehr den ihm am Gelde und sogenannten Aussteuerstücken bestimmten kindlichen Theil, so wie solcher von der Guthsherrschaft bewilligt, den blos eventuellen Beytrag zu den Hochzeitskosten ausgenommen, da er in Kriegsdienste getreten, und dadurch ganz aus dem Hofe gegangen ist, zu fordern wohl befugt sey.

XVII.

XVII. Erörterung.

Ueber einige Fälle, welche bey Absonderungen des Lehns vom Erbe vorzukommen pflegen.

I.

Die auf einem Lehngute befindlichen Gebäude sind allezeit als wirkliches Allodium zu betrachten u). In Rücksicht der Bezahlung derselben, kommt es jedoch darauf an: ob sie blos zum Vergnügen oder zur Nothwendigkeit und bessern Benutzung des Gutes gereichen? Jene hat der Lehnsfolger nicht nöthig anzunehmen, und wenn er sie nicht vergüten will, so haben die Landerben blos das Recht der Wegräumung, oder das Abbruchsrecht. Diese hingegen, wohin die Wohnhäuser, Vorwerksgebäude, Brau- und Backhäuser, Scheuren, Stallungen für alle Arten des Viehes, Wagenremisen, Mühlengebäude, die Häuser der Be-

Amten,

u) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 184. §. 1. Theod. Hagemann Analecta juris feud. Brunf. Luneb. pag. 313. Westphal Teutschlands heutiges Lehnrecht. Abh. 28.

amten, Deputatisten, Häuslinge u. s. w. zu rechnen sind, muß der Lehnsfolger übernehmen, wenn er sie gleich für seinen eigenen Gebrauch entbehrlich halten sollte x). Die Vergütung derselben geschiehet nach dem durch Werksverständige auszumittelnden Werthe, welchen sie zur Zeit der Taxation haben, und mithin werden den Land-erben die vorhin aufgewendeten Baukosten nur in so weit erstattet, als sie den zeitigen Werth der Gebäude nicht übersteigen. Bey der Taxation aller solchen nützlichen und nothwendigen Gebäude kommt aber nur alles das in Betracht, was zur Consistenz und Brauchbarkeit derselben gehört; denn alles, was blos zur Verschönerung und zum Luxus dient, z. B. Tapeten, Boiserien, Gemälde u. dergl. kann dem Lehnsfolger wider Willen nicht aufgebürdet werden, und wenn er diese Stücke nicht annehmen will, stehet es den Allodial-Erben frei, dergleichen Verzierungen, insofern es ohne Beschädigung geschehen kann, wegnehmen zu lassen. Uebrigens ist bey der Vergütung der Wohnhäuser auch auf den Ertrag des Gutes, und bey den Haushaltsgebäuden auf die Bedürfnisse des Gutshaushaltes zu sehen. Sind die Wohnhäuser zu groß und kostbar eingerichtet, so muß der zu vergütende Werth derselben, auf Verlangen des Lehnsfolgers, nach dem Ertrage des Guts billigmäßig herabgesetzt und bestimmt werden y). Alle übrigen Gebäude, welche dem Gutshaushalte gar keinen Nutzen gewähren, vielmehr überflüssig und entbehrlich sind, ist

x) a Pufendorf l. c. §. 3. Theod. Hagemann's Beyträge zum Braunschweig. Lüneb. Lehnrechte. Nr. 1. §. 1 ff.

y) Hagemann a. a. O. §. 4. Ist der Vasall mit einem Rittersitze namentlich beliehen gewesen, so können die Allodial-Erben nur wegen der von dem letzten Vasallen oder dessen Vorfahren neu aufgeführten Wohngebäude, oder wegen geschehener Erweiterung der alten, Erstattung verlangen.
a Pufendorf Tom. IV. Obs. 170.

ist der Lehnsfolger erga taxatum eben so wenig anzunehmen verbunden z), als solche, welche zu einer besondern von dem Haushalte des Gutes ganz unabhängigen Entreprise bestimmt und gewidmet sind. Versagt der Lehnsfolger deren Annahme, und kann man sich darüber nicht vergleichen, was sie auf den Abbruch etwa werth sind, so müssen die Land-erben dergleichen Gebäude wegräumen lassen.

Zu den Gebäuden sind auch die Kirchenstühle und Begräbnißgewölbe zu rechnen. Jene gehören zwar unstreitig unter die Zubehörungsstücke der Kirchen, und wenn gleich diese nicht im Handel und Wandel stehen, so ist es doch bekannt, daß die erblichen oder Familien-Kirchenstühle, gleich andern weltlichen Dingen, verkauft, verschenkt und vererbfället werden können. Eben so verhält es sich mit den Erbbegräbnißgewölben; beide sind aber unter einem Kirchen- und Pfarrlehn nicht mit begriffen a). In Rücksicht der Vergütung derselben scheint jedoch zwischen Agnaten und Expectivirten ein Unterschied eintreten zu müssen. Ist der Lehnsfolger ein Agnat, von dessen Stammeltern die Begräbnißgewölbe oder Kirchenstühle erbauet worden, so können des letzten Vasallen Land-erben nur in soweit eine Vergütung dafür fordern, als ihr Erblasser oder dessen Vorfahren dergleichen neu erbauet, oder die alten erweitert und verbessert haben. Fällt hingegen das Lehn an Expectivirte, so können die Land-erben eine Vergütung, nach dem gegenwärtigen Werthe derselben, fordern; zumal insonderheit die Anlage eines Begräbnißgewölbes, wenn gleich das positive Einkommen des Gutes dadurch nicht vermehrt wird, dem expectivirten Lehnsfolger gewöhnlich angenehm und nützlich seyn kann.

Da

z) a Pufendorf Tom. I. Obs. 184. §. 3.

a) Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts, §. 339 ff.

Da die Land-erben niemals so viel, als die zu vergütenden Gebäude in ihrer Anlage oder nach und nach wirklich gekostet haben, sondern nur den gegenwärtigen Werth von dem Lehnsfolger erstattet verlangen können; so ist eine Taxation derselben durch Bau- und Werksverständige erforderlich. Dabey frägt es sich nun: ob die in den Gebäuden steckenden Baumaterialien, an Holz und Steinen, welche aus dem Lehn selbst hergenommen und mithin als wirkliche Producte des Lehnguts anzusehen sind, von dem taxirten Werthe abgezogen werden müssen; oder ob nicht vielmehr der ganze, zur Zeit der Lehnseröffnung annoch existirende, Werth der Gebäude zu erstatten ist? Der verst. Vice-Präsident von Pufendorf b) behauptet, daß die Allodial-Erben für diejenigen Baumaterialien, welche aus dem Lehn selbst hergenommen sind, weiter nichts als das Arbeitslohn und die baaren Auslagen fordern könnten. Die Gründe zu dieser Behauptung beruhen insonderheit darauf, daß der mit einem Walde oder Holze beliehene Vasall, als eingeschränkter Usufructuarius zu betrachten, und nicht berechtigt sey, die zum Lehn und dessen Erhaltung nöthige Substanz und Materie zu veräußern. Das Gewicht dieser Gründe scheint indeß nicht groß zu seyn, wenigstens dürfte die Theorie jene Meinung nicht unterstützen. Das nutzbare Eigenthum, welches dem Vasallen unstreitig zustehet, ist von dem römischen Nießbrauche so sehr verschieden c), daß, wenn dem Vasallen ein blos römischer Ususfructus am Lehn einzuräumen wäre, man dem Worte: usufructus, eine Bedeutung beylegen würde, die es nach den römischen Gesetzen gar nicht hat d). Kein römischer Usu-

b) Tom. IV. Obs. 171.

c) Höpfner im Commentar §. 379.

d) Verschiedene Schriftsteller verwerfen zwar den Unterschied zwischen vollständigem und nutzbarem Eigenthume. Aber ein Nießbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden ist, ist doch kein usufructus im

Usufructuarius hat ein jus vindicandi et transmittendi ad heredes; er genießt nur die ordentlichen Nutzungen der Sache, er darf die letztere nicht einseitig verändern u. s. w. Zu allen diesen ist aber der Vasall, Kraft seines nutzbaren Eigenthums, berechtigt. Daß derselbe indeß nicht befugt ist, ein Lehnholz zu verhauen und zu verwüsten, verstehet sich von selbst, und eben so kann und muß man es einräumen, daß der Vasall nicht berechtigt ist, die Lehnsmaterie, nämlich diejenigen Bäume, welche zum Bau und zur Unterhaltung der auf dem Lehngute nothwendigen Gebäude erforderlich sind, zu veräußern; weil solches ohne Devastation des Holzes, und ohne sträfliche Deterioration e) des Lehnstücks, nicht geschehen könnte. Allein davon ist eine forsthaushälterische Benutzung eines Lehnholzes ganz verschieden *). Diese muß der Lehnsherr und mitbeliehene Agnat dem Vasallen eben sowohl über-

im Sinne des röm. Rechts. Theod. Hagemann Einleitung in das gemeine in Deutschland übliche Lehnrecht. §. 7. Die von Pufendorf a. a. O. angeführte L. 11 u. 12. D. de usufr. setzt ohnehin voraus, daß der Usufructuar ein ganzes praedium mit Gebäuden und Holzungen zum Nießbrauch erhalten hatte. Aber ein fundus feudalis setzt nicht nothwendig Gebäude voraus, und wenn die letztern ad allodium gehören, so muß auch alles, was darin verbauet ist, dazu gezählet werden, weil dergleichen Verwendungen nicht auf das Lehn, sondern auf das Allodium geschehen.

e) Püttmann adversar. jur. Lib. 1. N. 12. Zeperincks Miscellaneen zum Lehnrechte. B. 4. Nr. 8. Brockes in Obs. forens. Obs. 533.

*) Struv in Syntagm. jur. feud. cap. 6. §. 11. Nr. 2. Horn in jurispr. feud. cap. 7. §. 16. Eine Ausnahme würde nur dann eintreten, wenn die Gebäude, worin das Holz verbauet worden, selbst Lehn wären.

überlassen, als alle übrigen Nutzungen von andern Lehnspertinenzen, und ist kein Grund vorhanden, warum das Benutzungsrecht eines Lehnmannes bey jenen mehr eingeschränkt seyn sollte, als bey diesen. Nur alsdann können die Land-erben keine Vergütung fordern, wenn der Vasall bey Aufführung der Gebäude das Lehnholz widerrechtlich angegriffen, ruinirt, und dadurch eine Deterioration des Lehnholzes selbst oder dessen Ertrages, zum Schaden des Lehnsherrn, veranlaßt hat. Wenn aber der Vasall einen Lehnwald forstmäßig benutzt, so gehört dieser Vortheil zu dem Umfange seines nutzbaren Eigenthumsrechtes, und er begehet durch einen forsthaushälterischen Holzverkauf durchaus keinen Abusus. Hat nun der Vasall Holz und Materialien, die er sonst verkaufen, und das Geld seinen Land-erben zuwenden konnte, verbauet: so würde der Lehnsfolger mit dem Schaden der Land-erben ohne Zweifel unbillig bereichert werden, wenn er ihnen dafür nichts erstatten und vergüten sollte f). Der Theorie und Billigkeit nach dürfen also die Baumaterialien, wenn sie gleich wirklich Produkte des Gutes gewesen sind, bey der Taxation der Gebäude nicht abgezogen werden. Will man indeß die Pufendorfsche Lehre dennoch annehmen, so muß bey dem Abzuge der Baumaterialien und dem Anschlage der verwendeten Kosten nicht auf den

f) M. f. II. F. 28. §. 3. Das Oberappellationsgericht erkannte daher am 12. April 1794, in Sachen der Allodial-erben des von der Lieh, g. den Anwald der Lehncammer zu Stade, pto. Bezahlung des Eichholzes: Nachdem allen vorkommenden Umständen nach übel gesprochen und wohl appellirt, so wird das Erkenntniß vom 4. Oct. 1790 dahin abgeändert: daß Appellat allerdings schuldig, den Appellanten den Werth des in den Gütern Alfstedt, Fickmühlen und Elmlohe verbaueten Eichenholzes zu erstatten, wobey dem Appellaten jedoch competentia wegen der angeblich von den Vorfahren des Erblassers der Appellanten vorgenommenen Devastation der Lehnsholzungen vorbehalten bleiben.

den ehemaligen, sondern auf den jetzigen Preis der Materialien und des Arbeitslohnes gesehen, und danach die Vergütung bestimmt werden. Auch würde sodann der Lehnherr den Grund seiner Einrede: daß nämlich das verbauete Holz u. s. w. wirklich aus den Lehnsforsten oder Lehnsgrunde genommen sey, oder doch habe genommen werden können, jedesmal erst gehörig erweisen müßten. Zu den Baukosten sind aber die dabey verbrauchten Hand- und Spanndienste billig mit zu zählen; weil der Vasall sie sonst zu andern Haushaltsbedürfnissen, die dadurch entbehrt sind, hätte nutzen können.

Von der Zeit an, da dem Lehnsfolger die Aufkünfte des Lehns berechnet werden, mit dem Ablaufe des Sterbejahrs, ist derselbe auch schuldig, den Land-erben den Werth der Gebäude zu verzinsen, wenn gleich die Taxation derselben später geschiehet, oder die Land-erben, jure retentionis, länger in dem Besitze des Gutes geblieben sind. Denn von dem Zeitpuncte an, da dem Lehnsfolger die Einkünfte des Gutes berechnet werden müssen, erhält er auch zugleich den Nutzen von den Gebäuden. Und da diese Zinsen als Verzugszinsen zu betrachten sind, so müssen auch den Land-erben die gesetzlichen 5 p. c. zugesprochen werden, wenn gleich zur Zeit der Lehnsapertur ein temporeller geringerer Zinsfuß gängig seyn sollte. Hiernach hat auch das höchste Tribunal mehrmals g), und noch neuerlich am 16. May 1800 in S. von Minnigerode c. von Minnigerode, pto. separat. feudi ab allodio, erkannt.

Die Gefahr der Gebäude gehet erst nach geschehener Taxation auf den Lehnsfolger über. Denn ehe die Bauverständigen ihre Meinung über den Werth derselben erklärt haben, ist der Kaufschilling unbestimmt; mithin der Kaufcontract, welcher hier-

g) a Pufendorf Tom. I. Obs. 184. §. 4.

hierbey zum Grunde liegt, noch unvollkommen. Tritt aber nach der Taxation ein Brand oder eine andere Beschädigung der Gebäude, ohne Schuld und Nachlässigkeit der etwa länger im Besitz gebliebenen Allodial-Erben oder deren Hausgenossen, ein: so hat der Lehnsfolger den taxirten Werth der Gebäude zu bezahlen, wogegen ihm aber auch die Brandcassengelder, wenn solche versichert waren, billig zu Gute kommen müssen.

2.

Alle Befriedigungen, als: Zäune, Planken, Hecken, Graben und Stackete, sind den Land-Erben nach deren gegenwärtigem wahren Werthe zu ersetzen, und von dem Lehnsfolger nach dem taxato zu vergüten; eben so die Brücken und Mauern. Dergleichen Befriedigungen sind zwar Pertinenzstücke, aber aus dieser Eigenschaft folgt die unentgeltliche Abtretung derselben nicht. Der Lehnsfolger ist kein Käufer des Gutes; und da derselbe den Nutzen dieser Anlagen, welche dem letzten Besitzer oder dessen Vorfahren Kosten gemacht haben, fortwährend genießt, so ist er auch zu deren Vergütung verpflichtet. Wegen der Mauern, insofern das taxatum den Werth der Nutzung nicht übersteigt, dürfte jedoch bey der Vergütung derselben eben der Unterschied zu beobachten seyn, welcher vorhin in Absicht der Begräbnißgewölbe zwischen Agnaten und Expectirirten gemacht ist.

3.

Aus dem Grundsatze, daß der jedesmalige Vasall das Lehn zwar zu conserviren, aber nicht zu melioriren verbunden ist, folgt die Verbindlichkeit zur Vergütung aller Verbesserungen, welche der letzte Besitzer oder dessen Vorfahren gemacht haben, von selbst. Soll indeß die Vergütung derselben eintreten, so darf die Melioration nicht blos einen vorübergehenden Nutzen gewähret haben, sondern derselbe muß fortdauernd vorhanden seyn. Die Erstattung

tung selbst kann aber nicht allein darauf gerichtet werden, was die Melioration wirklich gekostet hat, sondern bey der Abschätzung muß insonderheit auf die durch die Melioration bewürkte Erhöhung der Aufkünfte und vermehrte Ergiebigkeit des verbesserten Pertinenzes gesehen werden h). Es darf ferner durch die Verbesserung nicht blos dasjenige wieder hergestellt seyn, was durch des letzten Besitzers oder dessen Vorfahren Schuld verschlimmert oder verlohren worden war; denn dafür können die Allodial-Erben des letzten Besitzers darum keinen Ersatz fordern, weil ihre Erblasser und deren Antecessoren zur Conservation des Lehns verbunden waren. Wenn also z. B. die Vorfahren des letzten Vasallen ein Lehnsstück versetzt, oder in dessen Versatz gewilligt; wenn sie eine Gerechtigkeit durch Nichtgebrauch oder aus Nachlässigkeit verlohren haben, und der letzte Besitzer löset das versetzt gewesene Lehnsstück ein, oder erstreitet die Gerechtsame wieder: so können dessen Land-erben von dem Lehnsfolger weder die Reluitionssumme, noch die gehabten Proceßkosten erstattet verlangen.

4.

Ob die Obst- und Weidenbäume den Allodial-Erben zu vergüten sind? darüber wird zuweilen gestritten. In so fern solche von dem letzten Lehnsbesitzer oder dessen Vorfahren zugepflanzt worden, dürfte jedoch deren Vergütung nach dem taxato, wenn auch der Lehnsfolger ein Agnat ist, nicht zu bezweifeln seyn, weil durch die geschehene Zupflanzung wirklich eine Verbesserung gemacht ist, und der Beweis, daß solche blos an die Stelle alter, in ehemaligen Zeiten vorhanden gewesener Bäume, geschehen sey, mit unendlichen Schwierigkeiten verbunden seyn würde. Die etwa vorhandenen Baumschulen und Espaliers gehören aber ohne Zweifel zum Allodio. In Rücksicht der erstern machen Verschie-
dene

h) a Pufendorf Tom. IV. Obs. 259.

dene i) den Unterschied: ob die darin befindlichen jungen Bäume zum Verkauf, oder blos zur nöthigen Zupflanzung auf dem Gute selbst bestimmt sind? Allein auch die letztern dürften zu vergüten seyn. Sie gereichen offenbar zum Nutzen des Lehnsfolgers; denn wenn sie nicht vorhanden wären, so müßte er sie anderwärts für baares Geld ankaufen. Die Anlegung und Haltung einer Baumschule ist übrigens blos eine Sache wirthschaftlicher Indüstrie; und Espalierbäume, sonderlich von feinern Obstsorten, gehören eben sowohl ad voluptuaria, als die Orangerien k). Man kann daher dem Lehnsfolger die unbedingte Annahme dieser Artikel nicht aufbürden, und er hat die Wahl, ob er sie behalten oder wegnehmen lassen will? Diesem gemäß hat auch das höchste Tribunal in der angeführten Rechtssache Minnigerode c. Minnigerode geurtheilt.

5.

Ferner hegt man darüber nicht einerley Meinung, ob der vorhandene Dünger aller Art, ingleichen das vorräthige Heu und Stroh, mit zu dem von dem Lehnsfolger zu bezahlenden Allodio zu rechnen sey? Siehet man hierbey blos im Allgemeinen auf römische Gesetze, und die Regeln der Landwirthschaft, so ist der vorräthige Dünger und das Stroh unstreitig als Zubehör eines Landgutes anzusehen l). Allein die Vorschriften des römischen Rechts, welche in Rücksicht der Pertinenzen beym Kauf und Verkauf eines Landgutes gelten, lassen sich so schlechthin bey Lehnsabsonderungen nicht

i) Salig electa jur. theor. pract. B. 3. St. 31. Nr. 41.

k) Püttmann, in observat. jur. feud. cap. 27., behauptet aus Gründen des römischen Rechts vom Kauf und Verkauf, daß auch die Orangerie dem Lehnsfolger gebührte.

l) L. 17. §. 2. D. de act. emt. Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister voc. Mist.

nicht anwenden. Der Allodial-Erbe ist weder als Verkäufer, noch der Lehnsfolger als Käufer des Gutes zu betrachten. Wer ein Landgut kauft, hat die Zubehörungen, wenn nichts darüber verabredet ist, stillschweigend mit gekauft und bezahlt. Der Lehnsfolger kauft aber das Landgut nicht von dem Allodial-Erben; und er ist also auch nicht berechtigt, etwas weiter unentgeltlich zu fordern, als was wirklich Lehn ist. Ueber jedes Allodialstück, welches der Lehnsfolger annimmt, wird ein besonderer Kaufcontract geschlossen, und nur dasjenige, was ein Pertinenz dieser einzeln verkauften Sache ist, kann derselbe als Käufer verlangen. Wäre kein Dünger u. s. w. vorhanden, so müßte der Lehnsfolger baares Geld zum Ankaufe verwenden, und er würde sich also mit dem Schaden des Land-erben bereichern, wenn er diese Dinge unentgeltlich zu sich nehmen dürfte *). Wollte man aber die Grundsätze des röm. Rechts, von den Zubehörungen einer verkauften Sache m), ganz unbedingt auf Lehn- und Land-erben anwenden, so würden die letztern auch die Gail und Gahre n) nicht erstattet verlangen können, und durch ein solches Principium überhaupt öfters eine unbillige Aufopferung ihres Eigenthums und Vermögens erdulden müssen. Es ist daher den rechtlichen Verhältnissen, welche zwischen dem Lehn- und Land-erben Statt haben, auch der Billigkeit gemäß, daß der erstere dem letztern jene Haushaltsbedürfnisse vergüten muß, wenn er sie verlangt, und unter beiden nichts darüber ausgemacht ist.

6.

*) *Ictor. Erford. Respon.* Tom. 1. Resp. 127.

m) Westphal von Kauf- Mieth- und Pachtcontracten §. 115 ff.

n) Bey der Schätzung der Einsaat des Pfluglohns u. s. w. pflegen diejenigen principia zum Grunde gelegt zu werden, nach welchen Königl. Cammer in Absicht der Aemter verfahren läßt. Ueber die Berechnung und Vergütung des mit Mist gedüngten Feldlandes findet sich ein lesenswerther Aufsatz in dem Hannöverschen Magazin Jahrg. 1800, St. 39. S. 818.

6.

Die Frage: ob und in wie weit die in den Teichen vorhandenen Fische zum Lehn oder Erbe gehören? ist erst durch die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten o) zu einer Controverse gediehen. Unstreitig gehören sie aber darum zum Allodio, weil sie von der Satzzeit an bis zu ihrer Vollkommenheit eine beständige Aufsicht und Fürsorge erfordern, und zum Besitze und Gebrauche eines Teiches nicht durchaus nothwendig sind p). Wird derselbe zur Fischerey benutzt, und die Lehnseröffnung geschiehet, ehe die Fische zeitig sind, so muß der Lehnsfolger die Besetzungskosten erstatten. Ist aber die Fischzeit eingetreten, und kann man sich über die Vergütung nicht vergleichen, so stehet dem Allodial-Erben die Befugniß zu, den Teich ausfischen zu lassen.

7.

Zu welcher Gattung von Früchten die Zehnten bey Lehnsabsonderungen zu rechnen sind, ist streitig. Die sogenannten Sackzehnten gehören zu den Meierabgiften, und folglich zu den Civilfrüchten. Aber auch die Natural- oder Fruchtzehnten sind zu den letztern zu rechnen, weil man sie in Rücksicht des Zehntherrn als ein praestandum vom Lande ansehen muß q). Hiernach ist auch vom höchsten Tribunale in verschiedenen Fällen r), und noch kürzlich in Sachen Minnigerode c. Minnigerode, erkannt.

Das Dienstgeld wird nach dem Verhältniß der Zeit, die der letzte Besitzer von dem laufenden Jahre erlebt hat, zwischen Lehn- und Land-erben vertheilt, weil dasselbe gewisse praestanda ersetzt, die nicht auf einmal, sondern nur nach und nach geleistet werden können.

o) M. s. darüber Hommel a. a. O. voc. Fische.

p) L. 15. D. de act. emti.

q) Theod. Hagemann Beytr. zum Braunschw. Lüneburg. Lehnrechte, Nr. 1. §. 14. und Seite 147.

r) a Pufendorf T. IV. Obs. 172.

XVIII.

XVIII. Erörterung.

Ueber die Aufhebung und Abänderung eines unter den Kindern errichteten elterlichen Testaments, durch eine spätere testamentarische Disposition.

1.

Ueber die Art und Weise, wie ein elterliches Testament unter den Kindern — Testamentum parentum inter liberos — durch eine spätere abweichende Willensverordnung, rumpiret oder infirmiret werden kann, sind zwar in dem römischen Rechte bestimmte Vorschriften vorhanden s); wegen des eigentlichen Sinnes und der Anwendung dieser Gesetzstellen herrscht aber unter den Rechtslehrern eine große Verschiedenheit der Meinungen.

Einige, besonders ältere Schriftsteller t), behaupten unbedingt, daß ein Testamentum parentum inter liberos nicht an=

s) Auth. Hoc inter liberos Cod. de Testament. Nov. 107. cap. 2.

t) Menochius de praesumt. L. 4. Praes. 166. Nr. 61. Mantica de conject. ultim. volunt. L. 6. T. 2. Nr. 27. H. Grotius Manud. ad Jurispr. Holland. L. 2. Cap. 24. Nr. 17.

anders, als durch ein nachheriges, feierliches, vor 7 Zeugen errichtetes und mit der ausdrücklichen derogirenden Clausel versehenes Testament abgeändert werden könne. Andere u) machen die Nothwendigkeit der Zuziehung von 7 Zeugen und des Gebrauchs der derogirenden Clausel davon abgängig, ob zuerst schriftlich, oder nur mündlich testiret sey. Noch andere unterscheiden die Fälle, da Eltern in dem neueren Testamente entweder blos ihre Kinder zu gleichen Theilen instituiret haben, oder da die Kinder zu ungleichen Theilen zu Erben eingesetzet, und denselben wohl gar fremde Miterben beygesellet sind.

In dem ersten Falle soll nämlich das neuere Testament keiner mehreren Solemnitäten, als das dadurch aufgehobene ältere, bedürfen x).

In dem anderen hingegen wird, nach dieser Theorie, der Gebrauch von 7 Zeugen und die Hinzufügung der derogirenden Clausel für unumgänglich erforderlich erkläret y).

2.

Prüfet man indessen die Gründe, welche zur Unterstützung dieser verschiedenen Meinungen gebraucht werden, so wird man weder der einen noch der andern ohne Einschränkung beytreten können, und vielmehr annehmen müssen, daß, bey der Beurtheilung

u) Gilcken ad Auth. Hoc inter liber. Cod. Nr. 1.

x) Brunnemann ad Cod. et quid. ad dict. Auth. Nr. 1. Sichardus ad Cod. et de Auth. Nr. 4. Gail L. 2. Obs. 112. Nr. 13. Carpzov P. 3. Const. 4. Dec. 25. Nr. 5.

y) Richter P. I. Decis. 49. Stryk de Caut. Testam. Cap. 24. §. 19.

lung der Frage: auf welche Weise ein Testamentum parentum inter liberos durch eine spätere Disposition rechtsgültig aufgehoben werden könne? nur darauf zu sehen sey:

Ob in dem neuen Testamente wieder nur die Kinder allein zu Erben eingesetzet sind;

Oder ob in demselben, neben den Kindern, auch fremden Personen Legate oder Erbtheile zugesichert werden z).

3.

Tritt der erste Fall ein, so ist, wenn der Testator übrigens die in den Gesetzen a) zu jedem Testam. parent. inter liber. vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet hat, offenbar wieder ein elterliches Testament unter den Kindern vorhanden, und es findet sich kein zureichender Grund, weshalb durch eine solche Disposition, es mag nun darin eine gleiche oder ungleiche Erbtheilung angeordnet seyn, nicht eine ältere Willensmeinung gleicher Art, ohne alle besondere Solemnitäten, abgeändert werden sollte. Nach der Natur der Sache können Dispositionen auf eben die Art wieder aufgehoben werden, wie sie gemacht sind b). Dieses findet auch bey der Abänderung der Testamente im Allgemeinen Statt c),

 und

z) Lauterbach Colleg. Th. Pr. L. 29. T. 1. §. 36. Voet Comment. ad Pand. T. 2. L. 28. Tit. 3. Nr. 3. Berger Oecon. Jur. L. 2. T. 4. §. 22. Nr. 8. Leyser Spec. 367, Medit. 9. Canngiesser Decision. supr. Trib. Hasso-Cass. T. 1. Dec. 68.

a) L. 16 et 26. Cod. famil. erciscundae L. 21. §. 1. Cod. de Testam. Nov. 107. Cap. 1.

b) Canngiesser i. c. T. 1. Dec. 68. Nr. 7.

c) Stryck de Caut. Testam. C. 24. §. 18.

und eine besondere Ausnahme hiervon, in Betreff der Aufhebung eines Testam. parent. inter liberos, vermittelst einer neueren Disposition gleicher Art, dürfte wohl schwerlich zu erweisen seyn d). Der einzige und wahre Grund des den elterlichen Testamenten, in Rücksicht auf ihre Errichtung, beygelegten großen Vorrechts, ist theils das Beste der Kinder e), und theils die Achtung und der Gehorsam, welche die Kinder den Eltern schuldig sind f).

Beides trifft sowohl in dem Falle zu, wenn Eltern zum erstenmale unter ihren Kindern testiren, als wenn diese erste Disposition durch ein neueres Testam. inter liberos abgeändert wird. Auch in einem solchen neueren Testamente werden blos die Kinder zur Erbfolge berufen; die kindliche Ehrfurcht erfordert die Respectirung des elterlichen Willens, so gut bey der ersten, als bey der abändernden zweiten Disposition, und die Gültigkeit der letzteren kann wohl um so weniger von der ausdrücklichen Erklärung, daß das erste Testament nicht weiter gelten solle, abhängig gemacht wer-

d) Voet l. c. T. 2. L. 28. Tit. 3. Nr. 3.

e) Cum insuper. ex aequitate facilius conserventur testamenta, in quibus haeredes ab intestato successuri scripti sunt. L. 2. Dig. de injust. rupt. testam. L. 21. Cod. de Testam.

Hierin liegt auch der Grund, weshalb ein Testam. posterius minus solenne, worin blos die Kinder zu Erben eingesetzet sind, ein Testam. prius in scriptis solenne rumpiret. Lauterbach Coll. Th. Pr. L. 29. Tit. 1. §. 36 in fine.

f) Liberis enim, sicut persona, ita et voluntas parentum semper honesta et sancta videri debet. L. 9. Dig. de obseq. parent. L. 7. §. fin. Dig. Unde lib.

werden, da bekanntlich jedes spätere Testament die derogirende Clausel schon von selbst und stillschweigend in sich fasset g).

Hiermit stimmen auch bey einer genaueren Erwägung die Worte der Grundgesetze in dieser Materie überein. Wenn gleich Auth. Hoc inter liber. Cod. de Testam. ohne weitere Einschränkung verordnet ist:

> Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret: se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem, vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate;

so muß doch diese Authentica aus dem Inhalte Nov. 107. Cap. 2., woher solche genommen ist, erkläret werden, und letztgedachtes Gesetz verlanget, wie die Wortfügung desselben zeiget, die Zuziehung von 7 Zeugen nur dann, wenn es die Eltern gereuet, blos unter ihren Kindern testiret zu haben, und sie nun ein ganz verschiedenes, nicht blos die Kinder, sondern auch Fremde bezielendes Testament machen wollen h).

Nirgend ist es den Eltern untersaget, durch eine eigenhändig geschriebene oder unterschriebene Privat-Scriptur, welche blos die Erbeseinsetzung ihrer Kinder bezielet, eine vorhergegangene ähnliche Disposition wieder abzuändern, und ein solches Verbot würde auch offenbar das den Eltern wegen der Erbeseinsetzung der Kinder beygelegte Vorrecht nicht nur großentheils aufheben, sondern sogar die Befugnisse der Eltern zu der Veränderung in engere Gränzen einschließen, als diejenigen sind, welche bey anderen Testirern zur Richtschnur dienen.

Alle

g) Stryk l. c. Cap. 24. §. 48. Richter ad Auth. hoc inter liber. Canngiesser l. c. Nr. 5.

h) Voet l. c. T. 2. L. 28. T. 5. Nr. 3.

Alle diese Gründe zeigen, daß Eltern eine unter ihren Kindern gemachte testamentarische Verfügung, auch ohne Zuziehung von Zeugen, ohne Hinzufügung einer derogirenden Clausel, kurz, ohne alle Solemnitäten und ganz auf die privilegirte Art, die bey jedem Testamento inter liberos Statt findet, durch eine neuere Disposition aufheben und ändern können, wenn in der letzteren allein von der Erbfolge der Kinder die Rede ist, und darin kein Fremder mitbedacht wird.

4.

Ein ganz verschiedenes Verhältniß tritt dagegen in dem vorhin vorausgesetzten anderen Falle ein, wenn nämlich in der neuern und abändernden Disposition der Eltern nicht blos die Kinder zu Erben eingesetzet, sondern neben diesen auch fremden Personen i) Erbtheile und Legate hinterlassen sind. Ist dieses, so kann das neuere Testament auf keine Weise als ein Testament. parent. inter liberos betrachtet werden, und es wird zur Gültigkeit desselben die strenge Beobachtung desjenigen, was die vorangeführten Gesetze, wegen der Aufhebung einer elterlichen testamentarischen Verfügung unter den Kindern, vorschreiben, schlechterdings erforderlich. Der Erblasser muß nämlich ein solemnes Testament errichten, und, wenn dieses ein Testamentum privatum seyn soll, vor 7 Zeugen ausdrücklich erklären: daß es seine Absicht sey, die vorhergegangene Disposition aufzuheben. Die gesetz-

i) Nach dem deutlichen Inhalte L. 21. §. 1 et L. fin. Bod. famil. ercisc. et Nov. 107. Cap. 1., ist bey einem testam. patris inter liber. selbst die Mutter, in Rücksicht auf die zu instituirenden Kinder, als eine persona extranea zu betrachten. Brunnemann C. 2. Decis. 59. Nr. 11 et C. 3. Dec. 27. Harprecht Disp. de admixt. person. extran. Th. 7. seq.

gesetzlichen Vorschriften hierüber sind sehr deutlich und bestimmt; und wäre dieses auch nicht, so würde die Nothwendigkeit der Beobachtung derselben schon größtentheils aus der allgemeinen Rechtslehre von Testamenten folgen. Eine Disposition der Eltern, worin, ausser den Kindern, auch Fremde zu Erben und Legatarien eingesetzet werden, gehöret in die Classe gewöhnlicher unprivilegirter Testamente, zu deren Rechtsbeständigkeit, wenn dieselben nicht Testamenta publica sind, die Zuziehung von 7 Zeugen unumgänglich erforderlich ist; und die Verordnung, daß der Testator das ältere Testament. inter liberos ausdrücklich für aufgehoben erklären solle, ist nicht sowohl als eine besondere zur Zurücknahme des privilegirten Testaments vorgeschriebene Förmlichkeit zu betrachten, als vielmehr mit aus dem Gesichtspuncte anzusehen, daß über den eigentlichen Willen des Testators gar kein Zweifel übrig bleiben möge, und daß der Testator hier, so wie es bey jedem anderen solemnen Testamente nöthig ist, seine Absicht, ein neues Testament machen zu wollen, um deswillen ausdrücklich in Gegenwart der Zeugen erklären muß, damit diese genau wissen, zu welchem Endzwecke sie zugezogen werden, und damit, wegen des Umstandes, daß sie specialiter rogati sind, alle Ungewißheit wegfällt k).

Es ist solchemnach anzunehmen, daß ein Testament. parent. inter liberos gültigerweise nicht anders durch ein späteres Testament. privatum, worin auch Fremde mit bedacht sind, aufgehoben oder verändert werden kann, als wenn das letztere mit Beobachtung der gewöhnlichen gesetzlichen Förmlichkeiten, besonders unter Zuziehung von 7 Zeugen, und mit der ausdrücklichen Willenserklärung: daß die ältere Disposition aufgehoben seyn solle, verfertiget ist.

Uebri-

k) L. 20. §. pen. L. 21. §. pen. Dig. Qui testam. fac. poss.

Uebrigens verstehet es sich wohl von selbst, daß Eltern, welche ein Testament. inter liberos durch eine spätere testamentarische Disposition abändern oder aufheben, und in dieser, neben den Kindern, auch Fremde instituiren wollen, nicht gerade an die Form eines Testam. privati gebunden sind, sondern daß sie zu dem Ende auch gültigerweise ein Testamentum publicum errichten können, zumal wenn sie, um mit der größten Sicherheit zu handeln, demselben die derogirende Clausel ausdrücklich einschalten. l)

l) Majorem enim fidem faciunt acta, quam VII testes. L. 19. Cod. de Testam.

XIX.

XIX. Erörterung.

Von dem Vorzugs- und Absonderungsrechte bergrechtlich versicherter Gläubiger.

1.

Unter Bergtheilen verstehet man zuvörderst nicht blos die sogenannten Kuxe, sondern auch die Hütten- und Bergschmieden, Puchwerke und andere Bergwerksgerechtigkeiten und Bergwerkspertinenzien. Die Kuxe sind allezeit Bergtheile; allein nicht alle Bergtheile sind jedesmal Kuxe. Die letztern bestehen darin, daß man einer gewissen Gewerkschaft, in Rücksicht eines neuen Grubenbaues, zu einem gewissen Theile entweder beytritt, oder einen Retardatkux, dessen Besitzer das Eigenthum desselben durch unterlassene Zubuße verlohren hat, annimmt m). Davon unterscheiden sich jedoch die sogenannten Schmiedetheile. Diese entstehen daher, wenn sich eine Gesellschaft, oder ein einzelner bey aufgekommnen Gruben, verbunden hat, behuf Erbauung der dazu nöthi-

m) Köhler Versuch einer Anleitung zu den Rechten und der Verfassung bey dem Bergbaue. Cap. 6. S. 197 ff. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts §. 169.

nöthigen Bergschmieden, Kohlenschuppen u. s. w. Geld herzugeben; denn ohne die Berg- und Hüttenschmieden würde der Grubenbau nicht mit Nutzen betrieben werden können. Beide, die Kux- und Schmiedetheile sind als wahre Actien zu betrachten, und der Gewinn pflegt bey jenen die Ausbeute, bey diesen der Schmiedezins genannt zu werden. Da nun sowohl die Kux- als Schmiedetheile zu den Bergtheilen gehören, so ist auch zwischen beiden, in Rücksicht der bergrechtlichen Verhältnisse, der Privilegien derselben u. s. w., kein Unterschied zu machen, zumal die letztern die besondere Aufmunterung des Bergbaues und den Credit desselben bezwecken, welcher bey den Berg- und Hüttenschmieden eben so nöthig ist, als bey dem eigentlichen Grubenbaue und andern Berggebäuden und Kunstwerken. Die Berg- und Hüttenschmiedegerechtigkeit wird übrigens eben so, als Kuxe, Stollen, Wasserfälle und Puchwerke, theils Namens der Gruben, theils von andern gemuthet, vom Bergamte verliehen und bestätigt n). Ueber alle diese verschiedenen Arten der Bergtheile haben aber die Besitzer derselben völlige Eigenthumsrechte, und sie können daher ihre Actien verkaufen, verschenken, vererben u. s. w.; jedoch ist alsdann eine neue bergrechtliche Muthung erforderlich, und alles was in Rücksicht der Kuxen und anderer Bergtheile in den Berggesetzen und Bergwerksprivilegien bestimmt ist, muß auch auf die Schmiedetheile, da solche wahre Bergtheile sind, angewendet werden o).

2.

Zu den besondern Privilegien p) dieser Bergtheile gehört unter andern, daß deren Inhaber in Absicht derselben nicht mit Arrest

n) Köhler a. a. O. Cap. 6. S. 99. ff.

o) a Pufendorf in Animadv. Nr. 6. §. 4.

p) Man s. darüber Danz a. a. O. §. 168 f. Köhler a. a. O. Cap. 8. S. 141.

Arrest bestricket werden dürfen; daß unter einer allgemeinen Verpfändung die Bergtheile nicht mit begriffen sind, und daß sie Schulden halber, wenn solche nicht von den Bergwerken selbst herrühren, oder wenn sie dem Gläubiger nicht besonders, und zwar bergrechtlich, versichert sind, nicht ausgeklagt werden können. Ueberhaupt aber sollen alle, ohne Vorwissen des Bergamts, über Bergtheile geschlossene Contracte ungültig und unkräftig seyn. Jene Privilegien sind insonderheit in einer landesherrlichen Resolution vom 26. März 1680 q) und in dem Edicte vom 28. December

q) Demnach von Gottes Gnaden Wir Ernst August, Bischof zu Osnabrück und Herzog zu Braunschweig und Lüneburg, Uns aus denen in Sachen Richter und Raths Unser Bergstadt Clausthal an einem wider Unserm Bergamt daselbst, am andern Theile bis daher ergangenen Actis unterthänigst referiren und vortragen lassen, was für Streitigkeiten zwischen denenselben in puncto Jurisdictionis ausserhalb der Stadt und des Judicii concursus creditorum sich ereugnet; so haben Wir sothane sich erhobene Differenzien nach folgender Maßen entschieden, und darauf in Gnaden resolviret, daß, was zuerst den punctum Jurisdictionis außerhalb bemeldeter Unser Bergstadt anbelanget, erwehnten Richter und Rath gewisse limites, wie weit sich deroselben Jurisdiction daselbst zu erstrecken gesetzet, dero behuf bey nächster Bergvisitation der Ort quaestionis in Augenschein genommen, ein richtiger und vollkommener Abriß von der Situation desselben gemacht, und nach abgestatteter unterthänigster Relation solcher Gränzen halber fernerweite Verordnung erfolgen soll.

Was aber diesemnächstens das Judicium concursus Creditorum anbetreffen thut, lassen Wir es allerdings bey dem, was von unsern geheimten Räthen derentwegen hiebevor schon decretiret worden, in Gnaden bewenden, dergestalt, daß, wann hinkünftig sich begebe, daß jemand seinen Creditoren seine Güter zu cediren genothsachet würde, oder sonsten nach des debitoris Tode concursus Creditorum sich eräugnete, alsdann das Judicium concursus von Richter

cember 1716 r) gegründet. In beiden Gesetzen werden zwey Gattungen von Schulden unterschieden:

1. Die Bergschulden, oder diejenigen, welche vom Bergwerk herrühren; z. B. der Cridarius wäre die Zubuße, das Muthgeld oder

Richter und Rath besagter Unser Bergstadt zwar formiret, und ein vollständiges Corpus bonorum verfertiget und, wenn dann unter des cedentis oder debitoris Gütern untern andern auch Kuxen oder Bergtheile vorhanden, unserm Bergamt der entstandene concursus zu dem Ende notificiret werden solle, damit von demselben über den vom Bergwerk herrührenden Schulden, als welche von angeregten des debitoris Bergtheilen vor allen andern creditis, sie haben Namen, wie sie wollen, abzuführen, sofort cognosciret, in gehöriger Ordnung gesetzet, und deren Bezahlung von sothanen Bergtheilen genommen werden; wann aber von denen dem debitori freyständigen Kuxen nach Abzug der Bergschulden noch etwas übrig bleibt, soll solches vom Bergamte unter die übrige gemeine creditores nach ihrer Ordnung zu vertheilen, an Richter und Rath remittiret, wie auch, wenn gar keine Bergschulden vorhanden, die Sache lediglich an ged. Richter und Rath ohnaufhaltlich verwiesen, und des debitoris Bergtheile oder Kuxen insgesammt in das von Richter und Rath formirte corpus bonorum eingetragen, und sowohl von diesem, als auch denen andern des debitoris Gütern, die Bezahlung denen übrigen Creditoren allda zugetheilet werden.

Weil im übrigen Wir Uns auch aus Richter und Raths unterthänigster Supplic berichten lassen, welchermaaßen zwischen Unsern Bergbedienten obbemeldeter Unser Bergstadt, und vor oftgedachten Richter und Rath daselbst, einiger Streit der Präcedentz halber vorgefallen seyn soll, und aber Unsers Herrn Bruders, weiland Herzog Johann Friedrichs Bl. Christseeligen Andenkens, in Dero hiebevor errichteten Reglement eine gewisse Verordnung derentwegen allebereit

oder andere Bergpräſtanda ſchuldig geblieben. Dergleichen Forderungen werden hauptſächlich, und vor allen übrigen Gläubigern, von den Bergtheilen befriedigt.

2. Die Schulden, wo der Gläubiger auf einen Bergtheil, Kux- oder Schmiedetheil ein Capital hergeliehen hat, ſolcher ſpecialiter verpfändet, und die Hypothek entweder vom Bergamte beſtätigt, oder doch in dem Bergbuche, Vergleichungsbuche, notirt iſt. Wenn eine ſolche bergrechtlich verſicherte Hypothek hat, dem ſoll, nach dem angeführten Edicte v. J. 1716, eine Priorität vor andern Gläubigern zuſtehen, und erſt nach Abzug ſolcher Berg- oder bergrechtlich verſicherten hypothekariſchen Schulden ſollen die übrig bleibenden aus den verkauften Bergtheilen eingekommnen Gelder zur Concursmaſſe gezogen und abgeliefert werden. Da ein jeder bergrechtlich verſicherter Gläubiger, in Gemäßheit dieſes Geſetzes, vor allen übrigen Creditoren aus den verſchriebenen Bergtheilen befriedigt, und bloß der Ueberſchuß zur Concursmaſſe abgeliefert werden ſoll: ſo hat ein ſolcher Gläubiger auch nicht nöthig, wenn in Abſicht des übrigens Vermögens ſeines Schuldners ein Concurs der Gläubiger entſtanden iſt, ſich im allgemeinen Concurſe zu melden und claſſificiren zu laſſen; vielmehr machen die bergrechtlich verſchriebenen Bergtheile ein beſonderes corpus bonorum aus, woraus jene

bereit verfüget; alſo laſſen Wir es Unſers Orts dabey auch nochmals allerdings bewenden, maaßen dann ein jeder ſich nach dieſen und abgeſetzten allen alſo gehorſamlich zu achten. Urkundlich unter Unſerm Fürſtlichen Handzeichen und vorgedrückten Fürſtl. geheimden Canzley Secret. Hannover am 26ten Marty 1680.

Ernſt Auguſt.

Ad Mandatum Sereniſſimi.

J. Hattorf.

r) in Corp. Conſt. Calenberg. Part. 4. Nr. 36.

jene Pfandgläubiger jure Separationis ihre Befriedigung fordern können s). Denn daraus, daß unter einer allgemeinen Hypothek die Bergtheile nicht mit begriffen, und die gemeinen Gläubiger des Schuldners nur in Subsidium berechtigt sind, den Ueberrest zur Concursmasse zu ziehen, folgt das den bergrechtlich versicherten Gläubigern zustehende Separationsrecht von selbst. Gerade dieses den Bergschulden, nach der Absicht und dem Sinn jenes Edicts, beygelegte Separationsrecht bewürkt denn auch, daß ein solcher Gläubiger selbst den privilegirtesten Forderungen, z. B. der Ehefrau in Rücksicht des Brautschatzes t) u. s. w., wenn dafür die Bergtheile nicht bergrechtlich besonders verpfändet sind, vorgehen muß, weil denn gemeinen Gläubigern des Schuldners vor den bergrechtlich versicherten Creditoren durchaus keine Priorität zustehen soll.

3.

Das mehrmals angezogene Edict v. J. 1716 ist zwar zunächst für das Bergamt ertheilt, weil allda die meisten Fälle der Art

s) a Pufendorf l. c. §. 3.

t) Bey Bürgergüter gehet zwar die Ehefrau den ingrossirten Hypotheken vor, und selbst die gesetzlichen Hypotheken concurriren mit den letztern. a Pufendorf Tom. 3. Obs. 180. §. 4. Allein hieraus läßt sich keine Analogie ableiten. Die Verordnungen in Absicht der Bürgergüter bezwecken sonderlich die Verhütung schädlicher Verwirrungen in den Stadt-catastris. Das Edict vom Jahr 1716 hingegen hat die Aufnahme des Bergbetriebes zum Hauptzweck. Diese Absicht des Gesetzgebers würde aber offenbar nicht erreicht, und die Gewerke oder diejenigen, welche zum Gruben-, Hütten- und Bergschmieden-Bau u. s. w., Geld hergeschossen haben, nicht gesichert, vielmehr der nöthige Credit verlohren werden, wenn dergleichen nach gemeinen Rechten privilegirte Forderungen solchen Berg- oder bergrechtlich versicherten Schulden vorgehen sollten.

Art vorkommen, und dasselbe in Bergsachen und Bergschulden erkennet u). Das Bergamt kann also den Bergpfandgläubiger jure Separationis zu dem Seinigen verhelfen, und hat blos nöthig, den Ueberrest aus dem Erlös der Kaufgelder an das Concursgericht abzuliefern. Indeß leidet es doch keinen Zweifel, daß auch die übrigen Landesgerichte nach jenem Edicte sprechen müssen. Schon die Rubric desselben zeigt, daß es ein allgemeines Landesgesetz seyn soll. Nicht dem Bergamte, sondern den Bergpfandgläubigern werden darin Rechte und Vorzüge beygelegt, und folglich müssen auch andere Gerichte außer dem Bergamte, wenn bey selbigen der Concursproceß anhängig ist, auf dieses Edict eben sowohl sprechen, als die Mittelgerichte verbunden sind, nach den Berggesetzen zu erkennen, wenn Sachen vom Bergamte auf dem Wege der Appellation an sie gelangen. In Gemäßheit dieser Grundsätze rescribirte daher das höchste Tribunal, in S. Schläder c. Barnstorf, pto. juris separationis am 29. April 1800 an die Hannöversche Canzley: „Nachdem nun die im Bergamte den Imploranten vom Erblasser verpfändeten Bergschmiedetheile für wahre Bergtheile zu halten, mithin den Imploranten nach Vorschrift Unseres Edicts vom 28. Dec. 1716 ein Vorzugsrecht vor allen übrigen Barnstorfschen Creditoren, als welchen eine solche Hypothek überall nicht zustehet, an besagten verpfändeten Bergschmiedetheilen gebühret; so habt ihr mit Wiederaufhebung eures Erkenntnisses vom 16. October 1799 die Imploranten aus den Kaufgeldern der qu. Bergschmiedetheile, in Absicht auf die liquide Forderung derselben, zur Befriedigung gelangen zu lassen" u. s. w.

u) a Pufendorf l. c. §. 2. Oesterley Proceß für die Chur-Braunschweig. Lande. §. 22 ff.

XX. Erörterung.

In wie fern ein angenommner Eyd durch den Tod dessen, der ihn leisten soll, für geschworen gehalten werden kann.

In den gemeinen Rechten findet man darüber keine Vorschrift, daß, wenn ein Eyd angenommen, die Abschwörung auch nicht von dem, der ihn ableisten soll, verzögert ist, dieser aber vor der wirklichen Eydesleistung stirbt, der Eyd für abgeleistet gehalten werden soll. In der Tribunalsordnung x) ist solches jedoch ausdrücklich vorgeschrieben. Ob aber diese Stelle der Ordnung blos von dem freiwilligen gerichtlichen Eyde zu erklären, bey einem nothwendigen Eyde hingegen gar nicht anwendbar sey? dürfte wenigstens nicht ganz zweifellos seyn. Viele Rechtslehrer y) lassen überhaupt die Vermuthung, daß ein Sterbender sein

x) P. II. Tit. 8. Nr. 3. §. 12. wo es heißt: hätte aber der verstorbene einmal den deferirten Eyd acceptirt, und er wäre nicht in mora gewesen, oder es bei ihm nicht gestanden, solchen abzuleisten, so wäre das also deferirte und acceptirte juramentum pro praestito zu halten.

y) Stryk de morte loco jurisjurandi. Cap. 1. §. 5 u. Cap. 2. §. 3.

sein Gewissen bedacht haben wird, bey dem juramento necessario nicht zu, und der verst. Vice-Präsident von Pufendorf z) behauptet, daß die angeführte Stelle der O.A.-Ordnung auf den nothwendigen Eyd nicht anwendbar sey. Der Grund dieser Meinung beruhet insonderheit darauf, daß bey dem freiwilligen Eyde jedesmal ein Vertrag der Partheyen zum Grunde liege, der bey dem nothwendigen Eyde, welchen der Richter, um den Proceß zu endigen, auflegt, nicht anzutreffen sey. In so fern jedoch, nach den Bemerkungen neuerer Rechtslehrer a), die Eydesdelation nicht mehr die Natur eines Vertrages, sondern einzig und allein die Gestalt eines Beweismittels hat, dürfte diese Meinung, wenn man kein pactum jurisjurandi annimmt, eben nicht gegründet seyn b). Daß nach römischen Rechten die Eydesdelation, welche von den Partheyen gebraucht wird, die Natur eines Vertrages hat, lag in den Religionsbegriffen der Römer, und ist unsern Religionsgrundsätzen ganz entgegen. Sie vertritt heut zu Tage die Stelle der vollgültigen Beweismittel, welche in so manchen Rechtsgeschäften fehlen können; und durch den Eyd soll der Richter die Wahrscheinlichkeit und Ueberzeugung erlangen, daß derjenige, welcher schwöret, glaubwürdig sey, und die Wahrheit sagen werde; wenigstens muß der Richter das, was beschworen wird, für Wahrheit annehmen. Beurtheilt man also die Sache hiernach, so ist zwischen dem freiwilligen und nothwendigen Eyde kein Unterschied zu machen; denn sowohl der eine als der andere soll bey dem Richter den Grad der Wahrscheinlichkeit und Ueberzeugung erwecken, welcher die Stelle eines vollgültigen Beweismittels vertritt. Ueberdies stützt sich der Satz, daß ein Eyd durch den

z) Tom. 1. Obs. 56. Oesterley Grundriß des Braunschw. Lüneburg. Processes. §. 79.

a) Malblanc doctrina de jurejurando. §. 41.

b) Malblanc l. c. §. 56.

den Tod für abgeleistet gehalten wird, sonderlich auf die allgemeine Vermuthung, daß ein Sterbender sein Gewissen bedenken wird; und es scheint daher kein genugsamer Grund vorhanden zu seyn, warum man diese Vermuthung bey dem freywilligen Eyde annehmen, bey dem nothwendigen Eyde aber gar nicht gelten lassen will. Wenn man nun aber die Stelle der Ordnung auch nicht durchgehends bey den nothwendigen Eyden anwenden dürfte: so möchte doch der Fall auszunehmen seyn, da ein Theil, dessen Rechtschaffenheit nicht bezweifelt werden kann, zur völligen Beybringung seiner Intention, sich zum Erfüllungseyde erbietet; der Richter auch auf die Abstattung desselben erkannt hat, die wirkliche Abschwörung desselben aber nachmals durch den Tod dessen, der ihn leisten wollte und sollte, verhindert ist *).

Wenn der Eyd durch den erfolgten Tod für wirklich abgeleistet angenommen werden soll, wird jedoch überhaupt vorausgesetzt:

erstlich, daß derjenige, welcher ihn leisten sollte, ein rechtschaffner Mann war, der sein Gewissen bedacht und sich nicht leichtfertig zur Annahme und Abstattung des Eydes erbothen haben wird. Dieses muß so lange vermuthet werden, bis gewissenlose Handlungen von ihm dargethan werden können. In der Ordnung ist zwar dies Erforderniß nicht ausdrücklich angemerkt, allein es versteht sich von selbst und liegt in der Natur der Sache.

zweitens, daß die wirkliche Eydesleistung von dem, der den Eyd abzulegen hatte, es mag der Deferent oder der Delat seyn, nicht selbst verhindert, oder unnöthiger Aufschub von ihm ver-

*) O. A. G. O. a. a. O. §. 15. Die Pufendorfsche Meinung ist übrigens mit keinem Erkenntnisse des Tribunals bestärkt worden.

veranlaßt ist *). In beiden Fällen kann der angenommene Eyd, durch den nachgehends erfolgten Tod, nicht für abgeschworen angenommen werden. Für eine absichtliche und frevelhafte Verzögerung kann man es aber nicht halten, wenn der Acceptant wider die Eydesformel selbst etwa gegründete Einwendungen macht; gegen das darüber abgegebene Erkenntniß des Richters suspensiv Rechtsmittel eingewendet, und hierdurch die wirkliche Eydesleistung aufgehalten hat. Denn ein Eyd entscheidet bekanntlich nichts, wenn die Eydesformel dem eigentlichen Beweissatze unangemessen ist; und überflüssige Eyde sind zu verwerfen. Es kann mithin nicht als eine mora angesehen werden, wenn derjenige, welcher schwören soll, diesen Misbrauch abwenden will. Wird hingegen durch ganz unerhebliche und ungegründete Einwendungen die Eidesabschwörung aufgehalten, so ist dies allerdings für eine bösliche Verzögerung zu achten, und es kann folglich der Eyd nicht pro praestito angenommen werden, wenn der Acceptant vor der Ableistung desselben verstirbt.

drittens, daß derjenige, welcher den Eyd leisten soll, denselben zuvor bestimmt und mit Ueberlegung angenommen haben muß. Eine bloß beyläufige, aussergerichtliche Aeusserung, daß

 man

*) Dieser Satz gründet sich auf die Ordnung in der oben angeführten Stelle. Es kann daher die Meinung einiger neuern Schriftsteller: daß der Eyd nur in dem einzigen Falle für abgelegt zu halten sey, wenn des Gegners Bosheit oder Nachlässigkeit an der Zögerung Schuld war — Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 370. Kleinschrod: Num juramentum delatum in judicio acceptatumque interveniente morte acceptantis haberi pro praestito queat? Wirc. 1798 — Hier nicht angenommen werden, wenn sie gleich sonst der Natur der Sache und der Rechtsanalogie (L. 12. C. de rebus creditis) völlig angemessen zu seyn scheint.

man den Eyd wohl ableisten könne, ist eben so wenig dazu hinreichend, als die Erklärung des Advocaten oder Anwaldes in einer Schrift, daß der Principal den Eyd annehmen und ableisten wolle, wenn kein besonderer Auftrag dazu erwiesen werden kann *). Auch in dem Falle darf der Eyd nicht für abgeleistet angenommen werden, wenn der, der ihn schwören soll, auf seinem Sterbebette, kurz vor seinem Tode, privatim erklärt, den Eyd annehmen und ableisten zu wollen. Von einem fast Sterbenden muß man vermuthen, daß er nur eine schwache Erinnerungskraft besitzt, und daß er nicht mehr mit voller Ueberlegung an den Eyd hat denken können d). Wie leicht wäre es nicht möglich, daß Jemand auf seinem Sterbelager durch besondere Umstände veranlaßt würde, vielleicht durch die Unterschrift der ihm vorgelegten Eydesformel, sich zur Annahme des Eydes bereit zu erklären, wozu er sich bey völliger Gesundheit und Erinnerungskraft nicht entschlossen haben würde. In einem solchen Falle fehlt es an einer bestimmten und mit Ueberlegung geschehenen Annahme des Eydes, und folglich kann derselbe nicht pro praestito angenommen werden. Hiernach ist auch vom Tribunale am 9. October 1799 erkannt in S. Hövermann c. von Dassel in pto. einer Hofstelle.

*) Stuben rechtl. Bedenk. Th. 3. B. 79.

d) Klaproth im bürgerl. Processe. §. 327.

XXI.

XXI. Erörterung.

Ueber die Eydesleistung ganzer Gemeinden und Corporationen.

Wenn einer Universitas, Gemeinde, Corporation oder Innung über ein Recht, Besitz oder Verbindlichkeit, die derselben, als einer moralischen Person, zustehen oder obliegen, der Eyd deferirt oder zurückgegeben, oder vom Richter auferlegt wird; so verordnen unsere Landesordnungen e), um eine zwecklose Vervielfältigung der Eyde

e) Ober-Appellat.-Gerichts-Ordn. Th. 2. Tit. 8. §. 9. In der Regel wählt die Gemeinde ihre Mitglieder selbst, welche den Eyd ableisten sollen; jedoch kann der Gegentheil wider die Gewählten Erinnerungen machen, und wenn sie der Richter gegründet hält, so müssen andere gewählt werden. a Pufendorf Tom II. Obs. 124. Malblanc doctrina de jurejurando. §. 42. Knorre Anleit. zum Proceß. Hauptst. 13. §. 22. — Einzelne Streitgenossen hingegen müssen sämmtlich den Eyd ableisten. a Pufendorf l. c. Obs. 123. Sind aber der Litisconsorten und Interessenten, wenn sie gleich keine Gemeinheit ausmachen,

Eyde und die damit verknüpften Kosten und Weitläuftigkeiten zu vermeiden, daß der Eyd nur von den zwey oder drey ältesten Mitgliedern, welche der Sache Beschaffenheit am besten wissen, in ihre und, nach vorhero producirter Specialvollmacht, in der Sachverwandten Seele abgestattet werden soll.

Von den ältesten Mitgliedern einer Corporation und Gemeinde vermuthet man mit Grunde, daß sie die beste Wissenschaft und genaueste Kenntniß von der streitigen Sache haben werden, welche man bey den jüngern, oder nach dem erhobenen Rechtsstreite vielleicht erst neu hinzugekommnen, Gliedern in eben dem Maaße nicht erwarten kann. Bey einzelnen Sachen und Geschäften läßt sich aber auch der Fall gedenken, daß gerade die Senioren keine zureichende Kenntniß von dem streitigen Objecte haben. Alsdann können auch jüngere Gemeindeglieder, welchen dasselbe am besten bekannt ist, der Natur der Sache gemäß, zur Ableistung des Eydes in Vorschlag gebracht werden f); weil der Hauptzweck aller Eyde dahin gehet, daß dadurch entweder ein völliger Beweis bewürkt, oder ein noch unvollkommner Beweis vollkommen gemacht, mithin der Richter von der Wahrheit einer ungewissen Sache auf eine gesetzmäßige Weise überzeugt werden soll.

Wenn, dem ergangenen Erkenntniß zu Folge, von zweyen oder dreyen der ältesten Gemeindeglieder, unter welchen auch der

machen, viele: so schwören sie, in Gemäßheit der Tribunalsordnung a. a. O., nicht sämmtlich; aber alsdann hat der Beweisführer, nach Danz Grundsätzen des gemeinen Processes §. 369, die Wahl, den oder diejenigen zu benennen, welche schwören sollen; weil mehreren Streitgenossen die Rechte einer Universitas nicht zukommen.

f) Cramer observ. jur. univ. Tom. 4. Nr. 1021.

der bestellte Syndicus seyn kann, der Eyd abgeleistet werden soll, und einer oder alle der gewählten Senioren weigern sich, den geforderten Eyd wirklich zu schwören: so ist deßhalb die ganze Gemeinde noch keinesweges pro jurare nolente zu achten g); vielmehr ist sie befugt, andere aus ihren Mitteln zur Abstattung des Eydes zu wählen und in Vorschlag zu bringen, da einer Gemeinde die Restitution nicht versagt werden kann h). Entschuldigen sich aber auch diese mit dem Mangel hinlänglicher Wissenschaft und Sachkenntniß, und weigern sie sich mithin den Eyd abzuleisten: so bleibt nichts anders übrig, als daß sich sämmtliche Mitglieder der Gemeinde über die Ableistung des Eydes erklären. Erbietet sich alsdann die größere Zahl derselben zur Ablegung des Eydes, und leistet ihn wirklich ab, so ist die Sache eben so anzusehen, als wäre der Eyd von den Senioren oder Repräsentanten abgeschworen. Weigern sich hingegen die meisten Gemeindeglieder, den Eyd selbst abzulegen, so ist die ganze Commune billig pro jurare nolente zu achten, und dafür zu erkennen i).

Da die Delation, Relation oder Acceptation eines Eydes immer ein Präjudicialpunct ist, so muß auch, um hierüber etwas verbindliches zu beschließen, die ganze Gemeinde zu dem Ende convocirt, und, wenn wenigstens zwey Drittheil aller wirklichen Glieder erschienen sind, durch die Majorität der Anwesenden ein für alle verbindlicher Beschluß gefaßt, und auf die Art bestimmt werden, welche Personen ihres Mittels, wenn mehrere eine genaue Kenntniß des streitigen Gegenstandes besitzen,

g) Klaproth im Processe §. 333. Leyser Spec. 143. M. 6.

h) Struben rechtl. Bedenken Th. 5. B. 108.

i) von Tevenar Theorie des Beweises. S. 95.

sitzen, den Eyd abstatten sollen k). Diese zur Ableistung des Eydes gewählten Mitglieder sind sodann als die Mandatarien der übrigen zu betrachten; und weil sie den Eyd nicht blos in ihrem eigenen Namen, sondern auch in die Seele ihrer Committenten zugleich mit abzulegen haben, so müssen sie von den letztern zu dem Zwecke mit einer Specialvollmacht versehen werden. Bey der Vollziehung derselben ist im Allgemeinen eben so zu verfahren, wie bey der Errichtung eines Syndicats l). Indessen müssen darin folgende Puncte ausdrücklich bemerkt und beglaubigt seyn:

1. daß die nichtschwörenden Gemeindeglieder von dem eigentlichen Inhalte der Eydesformel zuvor genugsam unterrichtet worden, und daß sie den abzuleistenden Eyd wohl verstanden haben;

2. daß sie glauben und dafür halten, daß dasjenige, was ihre Bevollmächtigten solchergestalt in ihre Seele schwören werden, von eben der verbindlichen Kraft sey, dafür angenommen und gehalten werden solle, als wenn sie selbst solchen Eyd wirklich abgeleistet hätten.

Sind diese wesentlichen Puncte in der Specialvollmacht nicht enthalten, so muß dieselbe, unter Verurtheilung der Gemeinde in die Kosten des vergeblichen Termins, verworfen werden m). Da übrigens eine Universitas nur als eine Person betrachtet wird, deren Rechte und Verbindlichkeiten nicht als ein Recht oder eine Verbindlichkeit der einzelnen Mitglieder derselben angesehen werden können n), und auch gegen sie, als

k) M. s. XXV. Erörterung dieses Bandes.

l) Glück Commentar über die Pandecten. §. 408.

m) Des Zelleschen Hofgerichts gemeine Bescheide. Nr. 5.

n) L. 7. §. 1. D. quod cujusque universit. nomine.

als Individuen, in Gemeinheitssachen keine Klage Statt hat; so ist es nicht erforderlich, daß die übrigen Mitglieder, welche die Specialvollmacht zu ertheilen und zu vollziehen haben, insgesammt gleichen Kenntniß und Wissenschaft von dem streitigen Objecte haben müssen, oder daß gerade alle Gemeindeglieder den streitigen Satz vertheidigen; vielmehr ist es hinlänglich, wenn nur der größte Theil der Corporation der Gemeinde den Gegenstand des Streites behauptet o). In Betracht dieser Gründe erkannte das O.A.-Gericht am 10. Mai 1800 in S. der Hamelnschen Knochenhaueramtsvorsteher Clambeck und Conf. wider die Mühlenthorschen Lohnherrn Philipp Schram und Conf. pto. der Hammelweide: „Nachdem nicht erforderlich ist, daß sämmtliche Imploranten bey Ausstellung derjenigen Vollmacht, die sie den Mitgliedern des Knochenhaueramts, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, zur Ableistung des Eydes de veritate geben, die Richtigkeit der von diesen eidlich zu erhärtenden factorum ex propria scientia wissen, sondern nur, daß sie das Gegentheil nicht wissen, und in vollem Vertrauen auf die Aufrichtigkeit und Gewissenhaftigkeit der Schwörenden, diesen die eidliche Bestärkung der Wahrheit ihrer Behauptung übertragen; so stehet dem Gesuche nicht zu deferiren.

o) von Levenar a. a. O. S. 94.

XXII. Erörterung.

Von der Erbpacht und dem Beweise derselben.

1.

Bey der Bestimmung einiger allgemeinen Begriffe über das Wesen der Erbpacht ist es nothwendig, einen Rückblick auf die Entstehung derselben und anderer damit verwandten Rechte zu werfen.

In dem mittleren Zeitalter befand sich das Eigenthum aller Grundstücke blos in den Händen der freien Personen, nämlich der Fürsten, des Adels, der Geistlichkeit und hin und wieder der Städte. Bauern, im heutigen Verstande des Worts, traf man selten an, und mehrstens bebaueten Leibeigene die Ländereien ihrer Herren p), wie dieses noch jetzt an den mehrsten Orten im Mecklenburgischen und Westphälischen der Fall ist.

Als allmälig das Leibeigenthum abnahm, und auch dem Landbewohrer die persönliche Freiheit zu Theil ward, bewürkte theils der Ueberfluß an Grundstücken auf Seiten der Gutsbesitzer, in Verbindung mit dem Mangel der Menschen, die das Land be-

p) Struben de Jure villic. C. 1. §. 6.

bebauen konnten q), theils die Verachtung des Ackerbaues bey den Rittern und Städten r), daß man eigenes Land fremden freien Personen, oder eigenen Gutsleuten, gegen jährliche Dienste und Abgaben, zur Benutzung einräumte s). Je nachdem dringenderes Bedürfniß, Denkungsart des Zeitalters, persönliche Lage, Sitte und Gewohnheit der Gegend, diese Ueberlassungen beförderten, waren die Bedingungen verschieden, bald vortheilhafter für den Grundherrn, bald günstiger für den, dem das Land zur Benutzung eingeräumet ward. Da kein ausdrückliches deutsches Gesetz die Form und Natur solcher Ueberlassung-Contracte bestimmte, sondern mehrstens alles von der Willkühr der sie schliessenden Theile abhieng, so blieben auch die Gattungen dieses Benutzungs-Rechts äußerst verschieden, und nicht selten selbst in einer und derselben Provinz einander unähnlich t). Es lassen sich indessen einige Hauptgattungen festsetzen, unter welche man die mehrsten der in Deutschland bekannten Arten solcher Ueberlassungs-Verträge bringen kann, wenn gleich hin und wieder kleine Abweichungen von der Regel, oder geringe Verschiedenheit, übrig bleiben mögten.

Der wahre Eigenthümer oder Grundherr kann nämlich einem Dritten, entweder

erstens das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks — dominium utile — überlassen, und dieses ist vorzüglich bey den Erbzins-Gütern der Fall u).

T 2 Oder

q) Struben l. c. C. 2. §. 2.

r) Ludewig de Jure Clientelari. C. 8. §. 24.

s) Kopp Proben des deutschen Lehnrechts. Th. 1. S. 282. Cramers Gedanken von der Landsiedelei. §. 4.

t) Struben de Jure villic. C. 2. §. 1.

u) L. 3. C. de Jure emphyt. Goebel de Jure et Judic. rustic. C. 2. §. 3. Not. l.

Oder er räumet ihm

zweitens ein nahe an das nutzbare Eigenthum gränzendes erbliches Nießbrauchs-Recht — jus usufructus hereditarium — ein, wovon die Meiergüter ein Beyspiel liefern x).

Oder endlich

drittens wird ein bloßes Benutzungs-Recht — jus fruendi simplex — verliehen, welches bey dem Pachtrechte Statt findet.

Je nachdem nun das Letztere entweder auf immerwährend, oder nur auf eine bestimmte Zeit, einem Dritten eingeräumet wird; je nachdem das Recht des Pächters unwiderruflich oder einer willkührlichen Zurücknahme unterworfen, der Zins aber unveränderlich oder einer Erhöhung fähig ist: so unterscheidet es sich in Erbpacht — Colonia perpetua — und in bloße Pacht — Locatio, Conductio simplex.

2.

Das Wesen und der Begriff einer Erbpacht bestehet also in einem, unter Vorbehalt des grundherrlichen Eigenthums, eingeräumten erblichen Benutzungs-Rechte eines Grundstücks, gegen Erlegung eines jährlichen gleichförmigen Zinses y). Hieraus erhellet der schon von mehreren Schriftstellern z) entwickelte Unterschied zwischen dem Erbzins-Contracte und der deutschen Erbpacht,

x) a Pufendorf Tom. 4. Obs. 177. §. 7.

y) Ludolf P. 2. Observat. 159. §. 3.
Hahn Diss. de Jure Colon. seu Coloniae perpet. Th. 27.

z) Ludolph l. c. §. 10. pag. 337 seq. Kopp a. a. O. §. 7 u. f. S. 296. Goebel l. c.

pacht, wenngleich die letztere hin und wieder in den Urkunden des Mittelalters irrig Emphytheusis genennet wird a).

Der Erbzinsmann erhält nämlich, gleich dem Vasallen, ein wahres nutzbares Eigenthum an dem Grundstücke, vermöge dessen er alle Befugnisse ausübet, die dieses Recht seinem ganzen Umfange nach mit sich führet b).

Der deutsche Erbpächter besitzet hingegen blos ein erbliches und unwiderrufliches Benutzungs-Recht. Dieses, nebst der Unveränderlichkeit des Zinses, sind die einzigen Befugnisse, die ihn vor dem gewöhnlichen Pächter auszeichnen, und in allen übrigen Fällen sind seine Verhältnisse nach den allgemeinen Grundsätzen der Pachtverträge zu beurtheilen, wenn anders nicht besondere Verabredungen, oder durch Verjährung erworbene Vorrechte, eine Ausnahme von der Regel festsetzen c).

Diese von dem Römischen Erbzins-Rechte sehr verschiedene Erbpacht findet man nun in Deutschland sehr häufig, obgleich unter mannigfaltigen Benennungen und Modificationen verbreitet; denn im Grunde stimmen alle Arten dieser Gattung, z. B. Landsiedelei, Erbbestand, Zinsgüter u. s. w., im Wesentlichen darin überein, daß sie eine erbliche Verleihung des bloßen Benutzungs-Rechts gegen einen gleichförmigen jährlichen Zins voraussetzen, und dem Grundherrn das völlige Eigenthum vorbehalten.

Beson=

a) Kopp a. a. O. §. 5. Seite 290 u. f.

b) Hoffmann in Coll. Jur. circa doctrin. de Emphyt. Cap. 2. §. 12.

c) Engelbrechten Obſervat. forens. Sp. 2. Obſ. 72. p. 395.

Besonders stehet aber die Erbpacht mit dem Meierrechte in der genauesten Verwandtschaft, und ist mit demselben, vorzüglich in Niedersachsen, vermischt gebraucht worden. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß man das Meier-Recht vorzüglich in Anwendung brachte, wenn es auf die Verleihung eines ganzen, aus mehreren einzelnen Zubehörungen bestehenden Guts ankam, hingegen zu der Erbpacht seine Zuflucht nahm, wenn einzelne Grundstücke Andern zur Benutzung eingeräumt werden sollten. Man mußte nämlich bey der Verleihung eines ganzen Guts nothwendig dem Besitzer mehrere Befugnisse, als einem bloßen Pächter, zugestehen, und ihm eine Art des nutzbaren Eigenthums, nämlich ein erbliches Nießbrauchs-Recht einräumen, wenn anders das Ganze in allen seinen Theilen unversehret und beym Wohlstande erhalten werden sollte.

Bey einzelnen Grundstücken war hingegen eine Einräumung ausgedehnter Befugnisse minder nothwendig. Eine erbliche Verleihung gegen einen gleichförmigen und unveränderlichen Zins war hinreichend, den Pächter zur gehörigen Benutzung aufzumuntern. Selbst diese Aufopferung wäre vielleicht von Seiten der Grundherrn nicht einst nöthig gewesen, wenn, ausser dem Mangel an Bebauern, nicht die Beschaffenheit der Grundstücke selbst sie dazu gezwungen hätte. Wären die Grundstücke im gehörigen Stande und cultiviret gewesen, so konnte es den Grundherrn an der Concurrenz bloßer Pächter nicht fehlen. Allein ein großer Theil Deutschlandes war gar nicht bebauet, und der übrige durch häufige Fehden und Verheerungen verwüstet, so, daß die Anzahl der unbebaueten Grundstücke die der in Cultur gesetzten weit überstieg.

So wie die Römer in ähnlicher Absicht den Erbzins-Contract einführten, so bedienten sich die Deutschen der Erbpacht als Mittels, die verheerten und wüsten Grundstücke in Cultur zu bringen. Ohne die Versicherung eines fortdauernden Genusses, ohne Steige-

rung

rung des Zinses, würde der Pächter nicht die undankbare Mühe übernommen haben, Zeit, Arbeit und Geld auf die Urbarmachung eines Grundstücks zu verschwenden, um in der Folge die Früchte seines Schweisses von Andern einerndten zu lassen, oder wohl gar dem Grundherrn durch Verbesserung des Landes eine Veranlassung zu geben, ihn zum Abtrage eines höheren Zinses zu zwingen d).

Auf diese Weise verbreitete sich die Erbpacht in ganz Deutschland, zumal da der Römische Erbzins-Contract sehr spät, und erst nachdem das Justinianäische Gesetzbuch in Ansehung kam, bekannt wurde e).

3.

So häufig indessen die Erbpacht in Deutschland angetroffen wird, so findet man doch nur selten Beyspiele ausdrücklicher Verleihungen derselben, wenn gleich hin und wieder dergleichen schriftliche Leihe-Briefe vorhanden sind f). Gerade diese Seltenheit, mit einigen andern Gründen in Verbindung, erregt einen wichtigen Zweifel gegen die Richtigkeit der von einigen Schriftstellern behaupteten Meinung: daß die Abfassung eines schriftlichen Vertrages zum Wesen der Erbpacht erforderlich sey g). So wenig die

d) Daß die Cultur unbebaueter Ländereyen vorzüglich die Erbpacht in Deutschland begünstigte, zeigen schon die Vorschriften des Sächsischen Landrechts L. 3. Art. 79, und die von Kopp a. a. O. S. 282. angeführten vielen Beyspiele.

e) Struben de Jure villic. C. 2. §. 3 in fine.
Ziegler de praediis censit. ruralib. §. 28.

f) Stryk Diss. de Colon. Jure. §. 45 seq.
Ludolf P. 2. Obs. 159. §. 3 in fine.

g) Engelbrechten Sp. 2. Obs. 72. p. 388.
Kopp Proben des deutschen Lehnrechts. Th. 1. S. 297.

die angeführten Beyspiele einiger Deutschen Provincial-Rechte, als die angebliche Gewohnheit, die mehrsten Verträge schriftlich abzufassen, können jene Meinung rechtfertigen. Im Gegentheile scheinet das Letztere gerade ein Irrthum zu seyn, der bey einer genauen Betrachtung des Herkommens sichtbar wird.

Zu der Schließung eines gewöhnlichen Pachtcontracts erfordern die Gesetze keinesweges eine schriftliche Abfassung, sondern nur die Einwilligung beider Theile h), und es ist nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß Verpachtungen auch stillschweigend eingegangen werden können i).

Es ist nicht abzusehen, warum bey der Erbpacht, die doch, wie jene Schriftsteller selbst behaupten, nach den Regeln der Pachtverträge überhaupt zu beurtheilen ist, eine Ausnahme Statt finden soll, zumal da häufige Beyspiele zeigen, daß eine ausdrückliche Verleihung unnöthig sey. Bedürfte es stets eines schriftlichen Beweises der Erbpacht, so würde es in der That um die Rechte der mehrsten Erbpächter sehr mißlich aussehen, und man müßte ihnen die Befugnisse nehmen, welche Verjährung und Gesetze zusprechen. Sicher darf man daher annehmen, daß eine Erbpacht auch durch Vermuthungen erwiesen werden kann.

4.

Unter den Vermuthungen, aus welchen man eine Erbpacht herleitet, ist die langjährige Benutzung eines Grundstücks, gegen Erlegung eines jährlichen gleichförmigen Zinses, die wichtigste und dringendste, und aus ihr allein kann man ziemlich sicher auf eine erbliche Verleihung schließen k).

Der-

h) L. 1. L. 2. pr. L. 14. Dig. Locat. Cond.

i) Struben Th. 3. Bedenk. 58.

k) Ludolf l. c. pag. 331. Stryk Uſ. Mod. Pand. Tit. Loc. Cond. §. 43. Gaſſer Obſervat. forenſ. C. 8. Obſervat. 12.

Dergleichen Thatsachen machen es höchst wahrscheinlich, daß bey dem ersten unbekannten Ursprunge eine erbliche Verleihung oder Erbpacht eingegangen seyn müsse, weil es sonst nicht einzusehen ist, warum der Grundherr, bey dem immer zugenommenen Werthe der Grundstücke und der damit verknüpften Erhöhung der Heuer, sein Land eine lange Reihe Jahre hindurch ununterbrochen einem gewissen Geschlechte, und das Pachtgeld unverändert, gelassen haben sollte.

Schon das Römische Recht erkennet diese Vermuthung für gegründet, und bestimmet, daß ein vierzigjähriger Besitz des Grundstücks gegen einen gleichförmigen Zins dem Pächter ein Erbrecht und die Unveränderlichkeit des Canons verschaffe l). Verschiedene bewährte Rechtslehrer sind jedoch in diesem Stücke anderer Meinung, und behaupten: daß allemal ein bloßes Pachtrecht, nicht aber eine Erbpacht, vermuthet werden müsse m). Sie berufen sich zum Beweise ihrer Behauptung vorzüglich darauf: daß ein langer Zeitraum die Natur und Eigenschaft der Pacht nicht ändere n); — daß der Pächter nicht in seinem eigenen, sondern in des Verpächters Namen das Grundstück im Besitze habe o), und, da er nicht eigenmächtig die Eigenschaft seines Besitzes

l) L. ult. Cod. de fund. patrim.

m) Mevius P. 1. Decis. 163; P. 3. Decis. 288. 289. Reinharth ad Christin. Vol. 6. Observat. 44. Engelbrechten Sp. 2. Obs. 72. p. 378 et 389.

n) L. 1. L. 2. Cod. de Praescript. XXX. vel XL. Ann. Lincker Vol. 1. Resp. 91. Nr. 27. Kappel vom Erbmeier-Rechte. Cap. 7. Nr. 125.

o) L. 31. §. 3. Dig. de Usurp.

sitzes verwandeln dürfe p), überall keine Verjährung gegen den Verpächter eintreten könne q).

Allein bey dieser Ausführung setzen die gedachten Schriftsteller dasjenige als erwiesen zum voraus, was sie erst erweisen sollen, nämlich, daß ursprünglich ein bloßer Pachtcontract, nicht aber eine Erbpacht, eingegangen sey. Wenn freilich der anfängliche bloße Pacht-Titel erwiesen ist, so kann der langjährige Besitz für sich allein den Pächter nicht schützen, oder die Beschaffenheit des Landes nicht ändern r). Allein dieses anzunehmen, wenn der Ursprung der Ueberlassung unbekannt ist, verbietet alle Wahrscheinlichkeit, zumal da in Deutschland, und besonders in unseren Gegenden, Erbpacht und Meierland häufiger als bloßes Pachtland angetroffen wird.

Was besonders die Churhannoverschen Lande betrifft, so dürften in denselben auch geringere und minder dringende Vermuthungen zum Beweise eines Erbpachts-Rechts hinreichen, weil hier fast alle Bauergüter meierpflichtig sind, und man schwerlich bey uns bloße Pachtländereien, oder, wie sie an einigen Orten heissen: Laßgüter, antreffen dürfte, die auf eine lange Zeit mit den Bauer- und Meierhöfen verbunden wären, und nach Gutfinden des Grundherrn davon wieder getrennt werden könnten. Es ist vielmehr, im Zweifel, allemal eine Vermuthung für Meier- oder Erbpacht vorhanden s). In dem Fürstenthume Calenberg wird sogar diese Vermuthung durch ausdrückliche Landesgesetze begünstiget.

Die

p) L. 33. §. 1. Dig. de Usuris.

q) Wernher P. 1. Observat. 75.

r) Ludolf l. c. pag. 331. Mevius P. 9. Dec. 74. Nr. 8 seq.

s) a Pufendorf Tom. 1. Observat. 220.

Die Meierordnung v. 12. Mai 1772, Cap. 1. §. 1., setzet die allgemeine Regel fest: daß alle unfreie Bauergüter, es mögen Voll- oder Halbmeier, Köther-Höfe oder Brinksitzer-Stellen seyn, so lange das Gegentheil nicht dargethan ist, für Meiergüter gehalten werden sollen, und derjenige, welcher das Gegentheil und eine Ausnahme behaupten will, den Beweis seiner Angabe zu übernehmen schuldig sey.

Ferner bestimmet gedachte Meierordnung Cap. 1. §. 4.: daß alle bey einem Meier-Hofe, es sey ein Voll- oder Halbmeier- oder Koth-Hof, bisher genutzte Grundstücke, so lange für Meierland und eine Zubehörung des Hofes zu halten, bis das Gegentheil erwiesen werde t).

5.

Diese allgemeinen Grundsätze von der Erbpacht finden auch dann ihre Anwendung, wenn über die Art der Ueberlassung von Kirchenländereien gestritten wird. Unsere Landesgesetze enthalten keine Ausnahme zum Vortheile von dergleichen Grundstücken. Gewöhnlich pflegt man bey Kirchengütern um deswillen einen Unterschied zu machen, weil theils die Canonischen Rechte die Verpachtung derselben auf längere Zeit, und zwar aus dem Grunde verbieten, damit der Besitzer kein Erbzins-Recht erlange u), theils weil die Römischen Rechte eine schriftliche Abfassung des Erbzins-Contracts erfordern x). Allein so sehr diese Gründe richtig sind, sobald es auf Erbzins-Güter ankömmt, so wenig

t) Willich Auszug der Landesgesetze. B. 2. Seite 702 u. 703.

u) Boehmer J. Eccl. Protest. L. 3. Tit. 18. §. 1. 2.

x) Nov. 7. pr. Nov. 100. C. 5. 6. Boehmer Princ. Jur. Canon. §. 631. Mevius P. 3. Dec. 189.

wenig können dieselben bey der Erbpacht gelten. Der Grund jener Canonischen und Römischen Vorschriften liegt offenbar in der mit dem Erbzins-Contracte verbundenen Uebertragung des nutzbaren Eigenthums, welche eine Art der Veräußerung enthält, und um deswillen die bey allen Alienationen geistlicher Besitzungen gebräuchlichen Solemnitäten erfordert. Dieses ist aber nicht der Fall bey der Erbpacht. Bey derselben behält die Kirche das völlige Eigenthum, und räumet blos einem Dritten das Benutzungs-Recht ein, wovon sie selbst ohnehin keinen Gebrauch machen kann. Es ist also im Grunde keine Veräußerung vorhanden, und mit ihr fällt die Ursache des Verbots weg, zumal da alle Ausnahmen und Einschränkungen strenge ausgeleget, und nicht über den bestimmten Fall, wovon sie reden, ausgedehnet werden müssen. Bewährte Rechtslehrer leiten daher aus dem langjährigen Besitze, und der Entrichtung eines gleichförmigen Zinses, auch bey Kirchengütern die Vermuthung eines Erbpacht-Rechts her y).

Es scheint auch dieses um so angemessener zu seyn, da theils bey Kirchengütern, nicht minder wie bey anderen Gegenständen, eine Verjährung Statt findet, mithin vermöge dieser allerdings ein Erbpacht-Recht erworben werden kann z); und da anderntheils vermuthet wird, daß die gehörigen Solemnitäten bey der ersten Verleihung beobachtet sind, wenn jemand Kirchengut lange besessen hat a).

§. 6.

y) Boehmer J. Paroch. Sect. 6. C. 2. §. 19.

z) Cramer Wetzlar. Nebenstunden. Th. 31. Abh. 3. §. 11. 12 und 14.

a) Boehmer J. Eccles. Protest. L. 3. Tit. 13. §. 33. Lyncker Vol. 2. Resp. 15. Nr. 3. Struben Th. 4. Bedenk. 64.

6.

Gesetzt, man billigte diese vorgetragenen Gründe auch nicht, so wird man doch den Grundsatz gelten lassen, daß nämlich die Gewohnheit des Landes eine Befreiung von den Vorschriften des Canonischen und Römischen Rechts bewürke, und eine Vermuthung der Erbpacht aus dem langjährigen Besitze begründe b). An einer solchen Gewohnheit, einer stillschweigenden erblichen Verleihung in den hiesigen Landen, und besonders in dem Fürstenthume Calenberg, ist aber nicht zu zweifeln, weil nicht nur die obenangeführte Meierordnung sich ganz beyfällig darüber erkläret, sondern auch verschiedentlich bey den Landes-Gerichten erkannt ist, daß die seit langen Jahren für einen gleichförmigen Zins ausgethane Grundstücke der Kirchen und Klöster, im Zweifel, für keine bloße Pachtgüter zu halten sind. Unter andern ist ein solches Erkenntniß sowohl von der Justiz-Canzley zu Hannover, gegen das Stift Sct. Bonifacius zu Hameln c), als von dem K. O.A.-Gerichte, wider das Stift Wunstorf abgegeben d). Ein neueres Beyspiel der Art bietet die Rechtssache der Dorfschaften Jeinsen und Vardegötzen, Amts Calenberg, wider den Anwald der Kirche zu Jeinsen, wegen Kirchen-Ländereyen, dar. In dieser Sache erkannte die K. Justiz-Canzley zu Hannover am 7. Januar 1788: „Alldieweilen Implorat, die an Seiten der Imploranten behauptete langjährige Possession des Jeinsischen Kirchen-Landes, nebst der „Gleichförmigkeit des dafür jährlich entrichteten Zinses, nicht „verkennen mögen, und die daher für ein perpetuirliches Colonie-„Recht der Besitzer erwachsende Vermuthung, sowohl im Allge-„meinen durch den in der Meier-Ordnung vom 12. Mai 1772, „Cap.

b) Mevius P. 3. Decis. 289. Nr. 4 seq.

c) Struben Th. 4. Bedenk. 64.

d) a Pufendorf Tom. I. Observat. 220.

„Cap. 1. §. 1., festgestellten Grundsatz, als auch sonst durch ver-
„schiedene in dem vorliegenden Streitfalle absonderlich hervortre-
„tende Umstände unterstützet wird; mithin, nach dieser der Sache
„Bewandniß, der zur Entkräftung solcher rechtlichen Präsum-
„tion erforderliche Beweis des dawider vom Imploraten ange-
„führten Tituli locationis conductionis simplicis nur ihm als
„Afferenti allein oblieget, dieses aber durch dessen bisherige Sach-
„vorträge gebührendermaßen keinesweges beygebracht worden; —
„daß dannenhero Imploranten allerdings bey dem bisherigen Be-
„sitze eines Erbpacht-Verhältnisses so lange in ordinario zu
„schützen, bis imploratischer Anwald in petitorio seine Be-
„hauptung eines simplen Pachttitels gehörig auszuführen und zu
„erweisen im Stande. Würde nun u. s. w." Dieses Erkennt-
niß der Justiz-Canzley ward in der Appellations-Instanz von
dem höchsten Tribunale durch eine am 31. März 1792 publicirte
Sentenz lediglich bestätiget.

XXIII.

XXIII. Erörterung.

Ueber die Gränzen der Berechtigung zum Plaggenhiebe in den Hölzungen des Fürstenthums Lüneburg.

Sowohl die Lüneburgische Policey-Ordnung Herzogs Christian v. 6. October 1618, Cap. 51. §. 4. e), als die in diesem Stücke völlig gleichlautende Holzordnung v. J. 1665 f), bestimmen wegen des Plaggenhiebes in den Holzungen wörtlich Folgendes:

„Es soll auch keiner unter den Bäumen Plaggen hauen oder „Heide machen, damit dadurch den Wurzeln kein Schade ge„schehen, und die Bäume unversoret bleiben mögen."

So allgemein diese Vorschrift lautet, so ist doch dadurch der Plaggenhieb in den Waldungen keinesweges unbedingt ausgeschlos-

e) Sammlung Lüneburgischer Landes-Ordnungen. Cap. 4. Sect. 1. Nr. 1. Seite 123.

f) Samml. Lüneb. L. O. Cap. 8. Sect. 1. Nr. 1. Seite 3.

schlossen, vielmehr zeiget es die tägliche Erfahrung, daß einzelne Unterthanen und ganze Gemeinden vielfältig das Recht des Plaggenhiebes, sowohl in herrschaftlichen als privat Holzungen, hergebracht haben. Nach der allgemeinen Rechtslehre von den Dienstbarkeiten, und besonders nach der deutlichen Absicht der vorangeführten Landes-Verordnungen, leidet es indessen keinen Zweifel, daß der Plaggenhieb in den Hölzern und unter den Bäumen immer nur in dem Maaße ausgeübet werden darf, daß dadurch dem Holze kein Nachtheil zugefüget, und der Anwuchs desselben nicht gehindert wird.

Da bey der Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes um deswillen oft Zwistigkeiten entstehen, weil es bislang an einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift über die Gränzen der Unschädlichkeit des Plaggenhiebes für die Conservation des Holzes mangelt, so dürfte die Bekanntmachung des folgenden, über den beregten Gegenstand, in Sachen der Gemeinde Alvesse wider den Einwohner Stolte, gerichtlich festgestellten Regulativs nicht ohne Nutzen seyn.

Die Gemeinde Alvesse behauptete das Recht des Plaggenhiebes in einer dem Einwohner Stolte gehörenden Hölzung, welcher Anmaßung Letzterer nicht nur überhaupt, sondern auch um deswillen widersprach, weil das Plaggenhauen den Hölzern schädlich und daher in denselben durch die Landes-Gesetze verboten sey. Nach geführtem Beweise erkannte das Amt Meinersen den Klägern den behaupteten Plaggenhieb zu, jedoch unter der Einschränkung, daß sie damit 4 Fuß von den Stämme der Bäume, und 3 Fuß von dem großen Buschwerke zurückbleiben sollten.

Diese Verfügung fand die Justiz-Canzley zu Zelle aber noch nicht für zureichend; und in der Appellations-Instanz ward daher, mittelst Rescripts vom 17. December 1796, der Gemeinde Alvesse aufgegeben: Sich mit ihrem Plaggenhiebe von den großen

großen Bäumen 5 Fuß, von dem größeren Buschwerke 4 Fuß, und von den kleineren, wie auch dem jungen Loden, 3 Fuß entfernet zu halten, mithin nur an solchen Orten zu hauen, wo überhaupt keine Bäume oder Gebüsche in der vorgeschriebenen Nähe sich befänden, auch mit ihren Wagen nur die im Holze befindlichen Fuhrwege und holzleeren Plätze zu befahren, dagegen aber sich alles schädlichen Fahrens über die mit Holz besaamten Plätze zu enthalten.

Die Eingesessenen zu A. suchten zwar durch Kunstverständige den Beweis der Unschädlichkeit einer weiteren Ausdehnung ihres Plaggenhiebes zu führen, gelangten aber nicht zu ihrem Zwecke.

Das vorgedachte Rescript ward nicht allein am 20. Julius 1799 von der K. Justiz-Canzley, sondern auch von dem K. O.A.-Gerichte, mittelst Bescheides vom 21. Januar 1800, folgendermaaßen bestätiget: „Nachdem Summa appellab. gänzlich ermangelt, eine Nullität aber um so weniger anzunehmen ist, als die Bestimmung des Verhältnisses längst in re judicata beruhet, der den Imploranten in der Restitutions-Instanz nachgelassene Beweis aber nicht geführet worden, vielmehr das Gegentheil ihrer Behauptung aus dem coram Commissione abgelegten Zeugnisse der producirten Sachverständigen deutlich sich darleget; so kann dem Gesuche, — nicht deferiret werden."

XXIV. Erörterung.

Ein Rechtsfall, der die Verpflichtung ganzer Gemeinden, in den Herzogthümern Bremen und Verden, zu der subsidiarischen Unterhaltung armer, elternloser, unehelicher Kinder betrifft g).

I.

Eine Frauensperson M. E. Reyel, deren noch lebende Eltern eine Kothstelle zu Oppeln im Amte Neuhaus bewohnen, diente im Jahre 1785 bey einem Hauswirthe im Kirchspiele Balje, und ließ sich während ihrer Dienstzeit von dem Knechte G. D. Koch schwängern, dessen Vater noch gegenwärtig zu Balje wohnet. Als die Reyel wegen ihrer Schwangerschaft den Dienst zu Balje verlassen mußte, verfügte sich dieselbe in das Kirchspiel Krummendeich, und ward daselbst bey geringen Leuten im Frühjahr 1786 von

g) Ueber die Rechtsgrundsätze von der Verbindlichkeit, zu der Unterhaltung armer elternloser Kinder im Allgemeinen s. Struben Th. I. Bedenken 171.

von einem unehelichen Knaben entbunden. Nach der Entbindung entfernte sich die Mutter mit dem Kinde wieder aus dem Kirchspiele Krummendeich. Der angebliche Vater des Kindes gieng aus dem Lande, so daß sein jetziger Aufenthalt völlig unbekannt ist. Die Mutter starb 1795, in der höchsten Armuth herumziehend, im Kirchspiele Balje, und hinterließ ihr hülfloses Kind der Sorge Anderer. Die Einwohner des letztgedachten Kirchspiels nahmen sich zwar des elternlosen bettelnden Knaben an, reichten jedoch 1796 bey der K. Regierung zu Stade eine Vorstellung ein, worin sie darauf antrugen: daß ihnen das Kind abgenommen, und dem Kirchspiele Krummendeich zur Versorgung übertragen werden möge. Als die K. Regierung die Kirchspiels-Eingesessenen mit diesem Antrage unterm 26. Februar 1796 auf den Weg des Rechts verwies, so stellten dieselben 1797 bey dem K. HofGericht zu Stade eine wider die Einwohner von Adel- und Hausmanns-Stande Kirchspiels Krummendeich gerichtete, auf die Uebernahme der Unterhaltung des armen Knaben abzweckende Klage an, worauf nach verhandelten Schriftsätzen am 8. Julius 1799 erkannt ward: „daß das Kirchspiel Krummendeich die Alimentation des Knaben zu übernehmen, und die seit 1795 verwandten Unterhaltungskosten den Klägern zu erstatten habe.“ Die Beklagten appellirten von diesem Erkenntnisse an das höchste Tribunal.

2.

Sowohl in der sogenannten Brem- und Verdenschen Policey-Ordnung und deren dreifachem Anhange, als in den neueren für die Herzogthümer Bremen und Verden erlassenen Verordnungen, findet sich keine directe Vorschrift über die Verpflichtung ganzer Gemeinden zu der subsidiarischen Alimentation armer, elternloser, unehelicher Kinder. Man muß daher auf die Analogie solcher Gesetze zurückgehen, welche von Gegenständen handeln, die mit dem ebenerwähnten Aehnlichkeit haben; und mit Sicherheit

 darf

darf man in dieser Rücksicht, bey der Entscheidung vorkommender Fälle, den Inhalt der wegen der Bettler in den Herzogthümern ergangenen Verordnungen zur Anwendung bringen. Unstreitig ist ein Knabe, der irgendwo arm, hülfs- und elternlos angetroffen wird, für einen Bettler zu halten, und es muß von ihm, ohne Rücksicht auf seine uneheliche Geburt und auf den Tod seiner Eltern, das gelten, was von andern Bettlern gilt. In Betreff der einheimischen Bettler aus den Herzogthümern Bremen und Verden verordnet das Edict v. 26. September 1748 h) und v. 23. Februar 1785 nicht allein: daß ein jeglicher District, Amt oder Kirchspiel, der Observanz und Billigkeit nach, seine Armen versorgen muß, sondern auch, daß alle einheimische Bettler nach ihren Geburtsorten verwiesen werden sollen. Nach dieser Vorschrift lieget die Verbindlichkeit der Alimentation armer, elternloser, unehelicher Kinder demjenigen Districte oder Kirchspiele ob, worin die Kinder gebohren sind *).

3.

Die Anwendung dieses Grundsatzes gegen das beklagte Kirchspiel Krummendeich konnte durch die besonderen in dem oben-

h) Neuester Anhang der Brem. und Verd. Policey-Ordnung. S. 382 und 383.

*) Mit diesem Principio stimmet auch im Wesentlichen das, wegen Alimentation unmündiger armer Waisen-Kinder, für die Fürstenthümer Calenberg und Grubenhagen am 17. Mai 1721 ergangene Edict überein. S. Calenbergische Landes-Ordnungen. Cap. 1. Sect. 12. Nr. 158. Seite 983; und Struben Th. 1. Bedenken 171. §. 3. Von der Unterhaltung der Findel- und Ziegeuner-Kinder im Calenbergischen und Grubenhagenschen s. die Verordnungen vom 28. April 1711. Calenberg. Land.-Ordnungen a. a. O. Nr. 153. Seite 976; und Struben a. a. O. §. 2.

obenerwähnten Rechtsfalle eintretenden Thatumstände nicht ausgeschlossen werden. Daß die Eltern des armen Knaben zu Krummendeich nie eigentlich ansässig gewesen waren; daß die verstorbene Mutter aus dem Kirchspiele Oppeln im Amte Neuhaus gebürtig war, und daß dieselbe nur kurze Zeit sich zu Krummendeich aufgehalten haben, und daselbst heimlich niedergekommen seyn sollte, entschied nichts für die Beklagten. Die angezogenen Verordnungen reden ohne Einschränkung blos von dem Geburtsorte des zu alimentirenden Subjects, und machen wegen des längeren oder kürzeren Aufenthalts der Eltern an diesem Orte keinen Unterschied. Die Beklagten mußten es sich selbst zuschreiben, daß sie auf den Aufenthalt der Reyel in ihrem Kirchspiele nicht aufmerksam genug gewesen waren; und gesetzt auch, man könnte und wollte die Landes-Verordnungen dahin auslegen, daß bey der Beurtheilung der Verpflichtung zur Unterhaltung der Bettler nicht sowohl im strengsten Verstande auf den Geburtsort, sondern vielmehr vorzüglich auf den Ort zu sehen sey, wo die Bettler sich vorhin am mehrsten aufgehalten haben, und etwa ansässig gewesen sind, so läßt sich doch von einem unehelichen Kinde, welches von einer herumziehenden, nirgend ansässigen Person irgendwo gebohren wird, keinesweges behaupten, daß dasselbe zu dem Kirchspiele gehöre, woraus die Mutter herstammt i).

Eben

i) Sin parentes nullibi fixum domicilium habeant, filius ita in transitu natus loci illius originem sortitur, maxime si ibidem baptizatus fuerit. Gratian discept. forens. T. 1. C. 75. Nr. 16. Lauterbach Coll. Th. Pr. L. 5. Tit. 1. §. 42. Es zeiget auch der Umstand, daß an den mehrsten Orten die Sendebrüche nicht an dem Geburtsorte der Mutter, nicht an dem Orte der Schwängerung, sondern da bezahlet werden, wo das Kind die Welt beschreiet; daß letztgedachter Ort für denjenigen gehalten wird, wohin das Kind eigentlich gehöret. Ganz anders würde freilich der

Fall

Eben so wenig konnte der Umstand in Betracht kommen, daß der außer Landes gegangene angebliche Vater des Knaben zu Balje noch eigenes Vermögen besitzen, und daß die Eltern der verstorbenen Mutter zu Oppeln im Amte Neuhaus eine Kothstelle bewohnen sollten. Die Verpflichtung der Gemeinden, die in ihren Districten gebohrne Armen zu unterhalten, ist freilich nur subsidiarisch, und fällt dann weg, wenn es sich zeiget, daß Verwandte der Armen vorhanden sind, denen das Onus alendi näher, und der Regel nach, obliegt. In Betreff des seit längerer Zeit sich entfernten angeblichen Schwängerers Koch blieb es aber noch unausgemacht, ob derselbe sich je zu der Vaterschaft des unehelichen Knaben wirklich bekannt habe; und in Rücksicht auf die Großeltern des Kindes beruhete die etwanige Alimentations-Verbindlichkeit derselben auf einer streitigen Rechtsfrage, deren Entscheidung zu zweifelhaft ist, als daß die Beklagten, welche den wörtlichen Inhalt der Landes-Verordnungen gegen sich hatten, von der Alimentation des Kindes freigesprochen werden konnten. Nicht den Klägern, welche mit dem armen Knaben in gar keiner Verbindung standen, sondern den Beklagten kam es allenfalls zu, die Verbindlichkeit des angeblichen Schwängerers, oder der Großeltern des Knabens, zur Alimentation auszumitteln, und im Wege Rechtens gelten zu machen.

4.

Das K. O.A.-Gericht schlug daher die an dasselbe gebrachte Appellation am 17. Februar 1800 durch den folgenden Bescheid ab: Da ein der Bremischen Appellations-Summe gleichzuschätzen-

des

Fall seyn, wenn die Mutter an einem Orte ansässig wäre, oder ihren bestimmten Aufenthalt hätte, und etwa auf einer Reise an einem anderen Orte entbunden würde. L. 3. Cod. de Munic. Lauterbach l. c.

des Interesse der Imploranten bey der vor Unserm Hof-Gericht erfolgten Entscheidung der Sache nicht anzunehmen ist; ausserdem auch die Imploranten durch dieses Erkenntniß keinesweges rechtlich beschweret sind, indem die wegen der fremden und einheimischen Bettler für Unsere Herzogthümer Bremen und Verden erlassene Verordnungen deutlich vorschreiben: daß alle einheimische Armen nach ihren Geburtsorten verwiesen, und von den Aemtern, Gerichten, Städten und Districten, woher sie gebürtig sind, im Nothfalle unterhalten werden sollen, die Imploranten aber selbst eingestehen, daß der Knabe, über dessen Unterhalt gestritten wird, in dem Kirchspiele Krummendeich gebohren sey: so kann das angebrachte Gesuch nicht gewähret werden, und zwar um so weniger, da einestheils ein rechtlicher Grund zur Uebernahme der streitigen Unterhaltungs-Verbindlichkeit auf Seiten des imploratischen Kirchspiels Balje gänzlich ermangelt; anderntheils aber es den Imploranten unbenommen bleibet, falls sie damit durchzukommen sich getrauen sollten, die Verbindlichkeit der Groß-eltern des unehelichen Knaben zur Unterhaltung desselben gehörigen Orts im Wege Rechtens auszuführen.

XXV.

XXV. Erörterung.

Von der Verbindlichkeit und Gültigkeit der Gemeindebeschlüsse.

In Geschäften und Angelegenheiten, welche die ganze Gemeinde, als moralische Person, betreffen, wird, um für alle etwas verbindliches und gültiges zu beschließen und zu verhandeln, entweder die Einwilligung aller und jeder wahren Gemeindeglieder, oder zwey Drittheile derselben, oder nur die Mehrheit der Stimmen, erfordert. Daß die Minorität die Majorität niemals ohne besondere Einwilligung oder Verträge verbinden kann, ergiebt schon die Natur der Sache und das allgemeine Gesellschaftsrecht.

Die Angelegenheiten der Gemeinde, über welche etwas verbindliches beschlossen werden soll, sind hauptsächlich von zweifacher Art. Entweder sind alle Gemeindeglieder dabey auf Schaden und Vortheil gleich stark interessirt — jus universitatis —, oder das eine und andere Gemeindeglied hat dabey ein individuelles, von allen übrigen verschiedenes Interesse — jus singulorum. — In dem letztern Falle gilt gar keine Stimmenmehrheit. Im

Im ersten Falle lassen sich hingegen wiederum zwey Hauptarten von Gemeindegeschäften unterscheiden. Sie bezielen entweder das allgemeine Interesse aller und jeder Gemeindemitglieder, als solche betrachtet; oder das Geschäft betrifft die ganze Gemeinde, als Gemeinde. Zu der erstern Art sind z. B. alle Veräusserungen der Gemeindegüter und deren Theilungen, die Veränderungen in der bisherigen Benutzungsart der Gemeindegrundstücke, Aufhebung der Hut und Weide, oder anderer Gemeindegerechtigkeiten, als der Schäfereyen u. s. w. zu zählen. Wenn über diese oder ähnliche Gegenstände etwas beschlossen werden soll, so wird zu einem gültigen Beschlusse die Einwilligung aller und jeder Gemeindeglieder erfordert, und die Mehrheit oder zwey Drittheile der Stimmen, kann die kleinere dissentirende Anzahl der Gemeindeglieder niemals verpflichten k), wenn sich die letztern nicht vertragsweise dazu verbindlich gemacht haben, oder durch ein besonderes Landesgesetz verordnet ist, daß in solchen Angelegenheiten entweder die Mehrheit der Stimmen, oder zwey Drittheile derselben, die geringere dissentirende Anzahl der Gemeindeglieder verpflichten soll l). Wo also Verträge und Gesetze hierüber

k) a Pufendorf Tom. I. Obs. 125. Strube rechtl. Bedenk. B. 5. B. 30. Hertius Tom. 2. dec. 769. th. 1. Berger Oeconom. juris, Lib. 3. Tit. 5. §. 32. Nr. 6. Leyser Sp. 118. m. 3.

l) Ueber die Stimmenmehrheit in Gemeindeangelegenheiten, sonderlich bey Aufhebungen der Gemeinheiten, findet man sowohl in rechtlicher als politischer Hinsicht scharfsinnige und erschöpfende Betrachtungen in Runde seinen Beyträgen zur Erläuterung rechtl. Gegenstände. Num. I. §. 14 — 20. — Auch in den hiesigen Landen entscheidet die Mehrheit der Stimmen in dergleichen Gemeindeangelegenheiten nicht. Die Verordnung v. J. 1768, wie in Landesöconomiesachen zu verfahren, welche sonst vorzüglich die Theilungen der Gemein-

über ermangeln, da ist selbst die entschiedenste Mehrheit der Stimmen zu einem rechtsgültigen Beschlusse nicht hinreichend, sondern die Einwilligung aller Gemeindeglieder durchaus erforderlich.

Zu den Gegenständen der letztern Art, wo das Geschäft die Gemeinde als Gemeinde betrifft — negotium universitatis —, kann man z. E. die Erhebung eines Gemeindeprocesses, die Streitigkeiten über Hut und Weide, Torfstich, Mastung, Dienste, welche zwischen verschiedenen Gemeinden, der Königl. Cammer, oder mit denen vom Adel entstehen; ferner die Beendigung solcher Irrungen durch Vergleiche; die De- oder Relation eines Eydes in dergleichen Rechtshändeln, die Bestellung eines oder mehrerer Syndiken u. s. f. rechnen. Wenn in diesen und ähnlichen Angelegenheiten in der Gemeinde etwas verbindliches beschlossen werden soll, so ist dazu die Einwilligung aller und jeder Gemeindeglieder nicht erforderlich, wenn gleich alle Mitglieder der Gemeinde bey dem, was beschlossen wird, in gleichem Grade interessirt sind, und entweder Vortheil oder Schaden davon erwarten können m). Bey allen solchen Gemeindesachen würde man nur in den wenigsten Fällen die Zustimmung aller Gemeindeglieder erhalten können. Das Geschäft muß doch aber einmal beendigt werden; und eben daher erfordert es schon die Natur der Sache, daß die bestimmte oder unbestimmte größere Anzahl der Gemeindeglieder einen für alle verbindlichen Beschluß zu fassen hat. Denn wollte man auch in dergleichen Gemeindesachen jedem einzelnen ein Widerspruchsrecht einräumen, so müßte man ihm auch gestatten, wider Erkenntnisse, welche gegen die Gemeinde ergangen sind, und bey wel-

meinheiten bezweckt, verstellet die Theilungen doch nicht zur Mehrheit der Stimmen der Gemeindeglieder und Interessenten; vielmehr wird es darin zur Pflicht gemacht, eines Jeden Widerspruch genau zu untersuchen und zu prüfen.

m) Leyser Sp. 283. m. 10.

welchen sich der größte Theil der Gemeindeglieder beruhigt hat, Rechtsmittel einzulegen und zu verfolgen. Dieses letztere wird jedoch Niemand behaupten, weil sonst die Endschaft eines Gemeindeprocesses fast niemals zu erreichen wäre.

So wenig Zweifel aber auch der Grundsatz an sich finden wird, daß bey Gemeindeangelegenheiten der letztern Gattung die Einwilligung aller, um etwas verbindliches zu beschließen, nicht erforderlich ist; so bestritten ist doch die Frage: ob hierbey die Stimmenmehrheit überhaupt von entscheidender Kraft, oder ob nicht dazu die Einwilligung von wenigstens zwey Drittheilen der Stimmen aller Gemeindeglieder erforderlich sey? Einige Rechtsgelehrten n) behaupten das erstere, und glauben, daß ein durch Stimmenmehrheit gefaßter Beschluß von entscheidender Würkung sey, und daß mithin die größere Zahl der Gemeindeglieder, wenn sie auch nicht zwey Drittheile erreiche, die geringere abstimmige Anzahl verpflichten könne. Andere o) aber vertheidigen das letztere, und erfordern die Einwilligung von wenigstens zwey Drittheilen der Stimmen, um einen für alle Mitglieder verbindlichen Gemeindebeschluß zu fassen. Die letztere Meinung scheint den Vorzug zu verdienen. Sie hat theils die Analogie der Gesetze von der Wahl und Bestellung eines Syndicus für sich p), theils ist sie für die Gemeinde selbst von entschiedenem Vortheil. Denn wenn alle Gemeindeglieder zur Abgebung ihrer Stimme in einer solchen Angelegenheit ordnungsmäßig berufen, wenigstens zwey Drittel derselben erschienen sind, und die gegenwärtigen Gemeindeglieder fassen durch eine Majorität den Beschluß; so kann man rechtlich anneh-

n) **Strube** rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 80.

o) **Krünitz** Encyclopädie Th. 17. S. 186 und 188.

p) **Glück** im Commentar über die Pandecten. §. 408 ff.

nehmen, daß die Mehrheit der Stimmen aller und jeder Gemeindeglieder vorhanden ist; weil man es so anzusehen hat, als wäre der dritte Theil der Abwesenden, durch sein Ausbleiben, den mehrsten Stimmen der gegenwärtig gewesenen Gemeindeglieder stillschweigend beygetreten. Diese Vermuthung läßt sich aber in dem Falle gar nicht annehmen, wenn weniger als zwey Drittheile der Gemeindeglieder bey Abfassung eines Beschlusses gegenwärtig gewesen sind. Sollte überhaupt die Stimmenmehrheit gelten, und wollte man einer geringern Anzahl, als zwey Drittheilen, das Recht zustehen, die Abwesenden durch ihren Beschluß zu verbinden, so dürften daraus mancherley Nachtheile entstehen, und oftmals Sachen durchgesetzt werden, die in ihren Folgen der Gemeinde höchst lästig und schädlich werden könnten. Was übrigens von der Stimmenmehrheit in Kollegien, auch bey einer geringern Anzahl der gegenwärtigen Mitglieder, gilt, beruhet auf ganz andern, bey Gemeindebeschlüssen gar nicht anwendbaren, Grundsätzen, und es ist auch bey Dorfs- und andern kleinen Gemeinden nicht so gar schwer, zwey Drittheile derselben zusammenzubringen; folglich leidet das gemeine Wesen gar keinen Schaden q), wenn man zur Gültigkeit und Verbindlichkeit eines Gemeindebeschlusses die Gegenwart von nicht wenigern als zwey Drittheilen nothwendig erfordert, wenn der Gemeindebeschluß von verbindlicher Kraft für alle Gemeindeglieder seyn und dafür rechtlich erkannt werden soll.

Es ist indeß zur Gültigkeit eines solchen Gemeindebeschlusses nicht gerade die Einwilligung von zwey Drittheilen der Gemeindeglieder, sondern nur so viel erforderlich, daß alle Stimmenberechtigten zusammenberufen sind, oder doch Kenntniß und Wissenschaft von dem Geschäfte, worüber ein Beschluß

q) Strube a. a. O.

schluß genommen werden soll, gehabt haben; daß ferner zwey Drittheile derselben bey der Berathschlagung wirklich erschienen sind, und daß endlich die Stimmenmehrheit der Anwesenden für den Beschluß entschieden hat. Ist es bey einem dieser drey Stücke nicht regelmäßig zugegangen, z. B. ein Mitglied der Gemeinde wäre nicht convocirt, so wird dadurch der ganze Beschluß nichtig, und kann mit Grunde angefochten werden r). Wird darüber gestritten: ob auch alle Mitglieder der Gemeinde convocirt worden, ob zwey Drittel derselben erschienen, und ob die Mehrheit der Anwesenden den Beschluß gefaßt habe? so wird der genommene Beschluß entweder von dem Gegentheile der Gemeinde, oder von einem Mitgliede der letztern selbst, als unverbindlich angefochten. Im erstern Falle liegt dem Gegner, im letztern Falle hingegen der Gemeinde der Beweis ob s).

r) Leyser Spec. 54. m. 4.

s) Glück a. a. O.

XXVI. Erörterung.

Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher.

Ueber die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der Handelsbücher sind die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Einige behaupten, daß ein ordentlich geführtes Handelsbuch auch für den Herrn der Handlung einen halben, und wenn es beschworen wird, einen vollen Beweis gegen den Schuldner ausmache, und daß daraus nicht nur die Größe der Forderung, sondern auch die Schuld selbst, völlig bewiesen werden könne. Ueber den wahren Grund dieses Vorrechts der Handelsbücher ist man aber nicht ganz einig *). Nur darin scheint man übereinzustimmen, daß die Anwendbarkeit desselben sich auf ein uraltes Handelsherkommen, oder auf eine allgemeine deutsche Gewohnheit und den allgemeinen Gerichtsgebrauch gründe t). Andere Rechtsgelehrten hin-

*) Um das hohe Alter des privilegii der Handelsbücher zu zeigen, hat man dasselbe schon aus dem Talmud herzuleiten gesucht. M. s. darüber Runde Beytr. z. Erläuterung rechtl. Gegenstände. B. I. Nr. 15.

t) Runde deutsches Privatrecht. §. 458. Danz Handb. des deutschen Privatrechts. §. 458 ff.

hingegen glauben, daß durch die Handelsbücher zwar die Größe der Schuld, aber nicht die Schuld selbst — der Contract, die caussa debendi — erwiesen werden könne u); und noch andere bezweifeln die allgemeine deutsche Gewohnheit, wodurch das Vorrecht der Handelsbücher eingeführt seyn soll, gänzlich, und wollen das Privilegium derselben nur dann einräumen, wenn es entweder in besondern Landesgesetzen, oder durch eine allgemeine Landesobservanz, oder durch ein specielles, zu erweisendes, Gewohnheitsrecht bestätigt ist x).

In unserm Lande ist in Absicht dieses Gegenstandes eine eigene Verordnung y) erlassen. Vermöge derselben, soll den Handelsbüchern wider solche, die keine Kaufleute sind, durchaus kein Glauben beygelegt werden; vielmehr soll der Kaufmann seine Forderung an einen Nichtkaufmann auf andere Art erweisen. Zur Erleichterung eines solchen Beweises ist festgesetzt:

Daß Kauf- und Handelsleute, so von ihren Waaren etwas an andere auf Credit überlassen, die Vorsichtigkeit und Sicherheit gebrauchen können, daß sie mittelst besonderer mit den Schuldnern zu haltenden Gegenbücher, oder durch eigenhändig unterschriebene Bekenntnisse der Rechnungen und Auszügen aus

u) Leyser Spec. 279. m. 1 et 2. Strube rechtl. Bedenk. Th. 5. B. 104. Hellfeld jurispr. forens. §. 1168. n. y.

x) Bemerkungen über die Beweiskraft der Handelsbücher, nach gemeinen chursächsischen und churbraunschweigischen Rechten; im neuen jurist. Journal. 1. B. 2ten Hefte. Ronneburg 1799, Seite 209 ff.

y) vom 21. März 1720, daß den Handelsbüchern der Kaufleute kein halber Beweis beyzulegen. In corp. Const. Calenb. Cap. 2. p. 640. und in Corp. Const. Luneb. Cap. 2. p. 744.

aus den Handelsbüchern, oder Ausstellung einer Handschrift von ihren Schuldnern, dieselben sich verbinden lassen können; als worauf sie denn wider dieselben sofort executive Klagen, und ohne allen weitläuftigen Proceß, und bey ihren Handelsbüchern sonst zu befahrenden Streit, zu dem Ihrigen gelangen mögen z).

In Rücksicht der Geschäfte, welche Kaufleute unter einander schließen, wird den Handelsbüchern eben so wenig eine völlige Beweiskraft in der erwähnten Verordnung bestimmt beygelegt, sondern das Gesetz läßt es bloß dabey, was die Kauf- und Handelsleute unter sich selbst deßfalls hergebracht, bey der bisherigen Observanz, bewenden. Was aber eigentlich durch das Handelsbuch semiplene erwiesen werden soll, ob die Quantität der Forderung allein, oder aber die Schuld selbst zugleich mit? darüber bestimmt jene Verordnung gar nichts. Daß indeß, durch dies bloße Bewendenlassen bey der bisherigen Observanz, die Landesordnung zugleich die vollen Vorrechte der Handelsbücher unter Kaufleuten als ein gemeines in Deutschland geltendes oder allgemeines Landesgewohnheitsrecht habe anerkennen oder erklären wollen, dürfte so wenig mit der Absicht, als den Worten derselben zu vereinigen seyn. Diese Verordnung begünstigt das Vorrecht der Handelsbücher überall nicht, vielmehr wird in derselben ausdrücklich gesagt: daß sich die Kaufleute dieses Privilegium angemaßet; daß es in gemeinen Rechten keinen Grund habe; daß daraus viele Unrichtigkeiten, wo nicht aus Vorsatz, doch aus Nachlässigkeit der Buchhalter, entständen, und daß daher dem hieraus kommenden Unwesen künftig vorgebauet werden solle. Es ist also hieraus ziemlich deutlich,

z) Hier findet also auch aus einem Bilateral-contracte der Executivproceß Statt, welches sonst verschiedene Rechtsgelehrte, wiewohl ohne Grund, durchaus nicht zugeben wollen. Pufendorf in proc. civ. Br. Luneb. P. 1. C. 4. §. 20.

deutlich, daß dies Landesgesetz das Privilegium der Handelsbücher, selbst unter Kaufleuten, in der Regel nicht als allgemein gültig hat betrachten, sondern nur in so weit gelten lassen wollen, als eine deßfalsige besondere Observanz erwiesen werden könnte.

An einer allgemeinen Landesobservanz fehlt es nun aber gänzlich. Nach dem Gerichtsgebrauche hiesiger Lande wird vielmehr angenommen, daß aus einem ordentlich geführten Handelsbuche zwar die Größe der Forderung, aber nicht der Contract, die Schuld selbst, unter Kaufleuten erweislich gemacht werden könne. Dieser Gerichtsgebrauch ist aber nicht aus einer besondern Vorliebe für das römische Recht entstanden, sondern er hat seinen guten Grund in der Absicht jenes Landesgesetzes, und ist dessen Sinne vollkommen gemäß *). Wenn ein Handelsmann die Schuld selbst, die caussam debendi, einräumet, und zugestehet, von einem andern Kauf- und Handelsmanne Waaren auf Credit verschrieben und angenommen zu haben: so kann unstreitig das quantum debiti durch die eydliche Bekräftigung des Handelsbuches erwiesen werden. Denn wenn ein Kaufmann Waaren auf Credit nimmt, ohne darüber einen eigenen Schuldschein auszustellen, so giebt er dem Verkäufer das Recht, die Größe der Forderung in seinem Handelsbuche aufzuzeichnen, und er erkennet dadurch, daß er auf Rechnung handelt, die Ehrlichkeit des Letztern im Annotiren selbst stillschweigend an. Wenn aber ein Kaufmann gänzlich in Abrede stellt, von einem andern die Waaren, deren Betrag gefordert wird, verschrieben, bestellt oder empfangen zu haben; wenn mithin der Contract und die caussa debendi geleugnet wird: so kann die Schuld selbst durch die eydliche Bekräftigung des Handelsbuches nicht erwiesen werden. Dieser Grundsatz ist nicht bloß den gemeinen Rechten gemäß a), sondern er liegt selbst

*) Pufendorf in proc. civ. Br. Luneb. P. III. Cap. 8. §. 25.

a) Nemo adnotatione sua alterum sibi debitorem conciliare potest. L. 7. C. de probat.

selbst in der Natur der Sache. Wir haben zwar allen möglichen Respect für kaufmännische Ehrlichkeit und Genauigkeit; aber Niemand wird es doch verkennen, daß, wenn man auch in diesem Falle den Handelsbüchern eine völlige Beweiskraft einräumen will, das Vorrecht derselben äusserst gefährlich seyn würde. Wie leicht sind nicht, wie unsere Verordnung sagt und die Erfahrung bestätigt, Unrichtigkeiten, wenn gleich nicht aus Vorsatz, doch aus Nachlässigkeit der Buchhalter, möglich, und wie oft werden nicht Waaren von Kaufleuten an Kaufleute in der Hoffnung abgeschickt, daß man sie annehmen und behalten wird? Es ist also dem gemeinen und unserm Provinzialrechte selbst der Billigkeit gemäß, daß, wenn der Contract, die Schuld selbst, von dem Kaufmann abgeleugnet wird, die eydliche Bestärkung des Handelsbuches keinen vollen Beweis wider den angeblichen Schuldner ausmachen kann, und daß in dem Falle der Kläger, bey fehlender besonderen Observanz, den Beweis der caussae debendi auf andere Weise, durch Urkunden, Zeugen oder Eydesdelation, führen muß. Nach diesen Grundsätzen ist noch neuerlich von der Hannöverschen Justiz-Canzley am 27. Febr. 1799, in S. des Kaufmanns R e y m o n d o n in Bremen w. den Kellerwirth H a t t e n d o r f in Wunstorf, pto. debiti erkannt: „daß die eydliche Bestätigung der Handelsbücher nur dann Statt habe, wenn die E x i s t e n z einer S c h u l d a u s s e r Z w e i f e l, und nur die Q u a n t i t ä t derselben u n g e w i ß sey; welches Erkenntniß darauf vom Ober-Appellations-Gerichte, mittelst Bescheides vom 22. Jun. 1799, lediglich bestätigt wurde.

XXVII.

XXVII. Erörterung.

Ein Fall, in welchem die, wegen Abmeierung und Besetzung der unter der Gutsherrschaft der Königlichen Cammer stehenden Höfe, erlassene Landes-Verordnung keine Anwendung findet.

Die Vorschrift der Landes-Verordnungen, daß, wenn etwas in Rücksicht der Abmeierung oder Besetzung der Höfe, worüber der K. Cammer die Gutsherrschaft zustehet, zu verfügen ist, solches allein vor dem Cammer-Collegio tractiret werden, und gegen die Verfügungen dieses Collegii gar kein rechtliches Verfahren gestattet seyn soll b), findet in dem Falle keine Anwendung, wenn die K. Cammer die Gutsherrschaft einer Meierstelle von einer Privatperson erkaufet, oder auf andere Art an sich bringet, und der vorige Besitzer, noch während seiner Gutsherrschaft, wegen der Ab-

b) Verordnung v. 19. October 1719. Samml. Chur. Braunschweig. Landesordnung. Cap. 5. Nr. 1. Seite 2. S. a. Practische Erörterungen. B. 1. Nr. 51. B. 2, Nr. 62.

Abmeierung oder Besetzung der Stelle, Verfügungen getroffen hat, wodurch die Rechte eines Dritten geschmälert sind. Die Befugniß des Letzteren, seine Ansprüche an die Stelle und gegen den vorigen Privatgutsherrn auf dem ordentlichen Wege des Rechts geltend zu machen, wird durch die vorgenommene Ueberlassung der Gutsherrschaft an die K. Cammer auf keine Weise geschmälert. Die K. Cammer tritt gänzlich in die Rechte und Verbindlichkeiten des Privatgutsherrn, und kann nach der bekannten Regel: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat c), in Rücksicht auf die acquirirte Stelle, zum Nachtheil eines Dritten auf keine ausgedehntere Befugnisse und Verhältnisse Anspruch machen, als diejenigen waren, welche unter der vorigen Gutsherrschaft Statt fanden. Erst dann, wenn es in der Folge auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Verfahrens der K. Cammer, in Betreff der Abmeierung oder Besetzung der Stelle, ankömmt, tritt die Vorschrift der bekannten Landesverordnung ein. Jeder, der noch durch die Verfügungen der vorigen Gutsherrschaft beeinträchtiget zu seyn glaubt, behält aber, so lange das Klagerecht noch nicht verjähret ist, die Befugniß, seine Ansprüche auf dem ordentlichen Wege des Rechts auszuführen, und die K. Cammer muß sich auf solche Klagen vor den Justiz-Collegien einlassen. Am allerwenigsten findet die Anwendung dieses Grundsatzes dann Zweifel, wenn die Klage gegen den Gutsherrn bereits vor Ueberlassung der Gutsherrschaft an die K. Cammer rechtshängig geworden ist. In Appellations-Sachen des Anwaldes der K. RentCammer wider H. Helmcke, Namens seiner Ehefrau, geb. Murcken, zu Mittelbauer, Amts Lilienthal, wegen Annullirung eines unbefugt ausgestellten und zurückzunehmenden Meier-

c) L. 2. Cod. de Poen. L. 1. Cod. Qui pro sua jurisd. C. 79. de Reg. Jur. Nemo dat, quod non habet L. 20. Dig. de acquir. rer. dom. L. 54. Dig. de R. J. L. 14. Cod. de donat.

Meierbriefes, erkannte daher das K. O.A.-Gericht am 26. October 1799 folgendermaaßen:

„Da Unsere RentCammer durch den mit den Provisoren des Stifts Sct. Remberti zu Bremen geschlossenen Kaufcontract lediglich in deren Stelle getreten, diese aber bereits vorhin von den Imploraten in Anspruch genommen gewesen, durch die geschehene Veräußerung also die vorherige Competentia fori nicht hat verändert werden mögen, so kann dem Suchen nicht deferiret werden.

Dieses Erkenntniß ward auch in der Restitutions-Instanz, mittelst Bescheides v. 1. Februar 1800, lediglich bestätiget.

XXVIII.

XXVIII. Erörterung.

Von den geschlossenen und ungeschlossenen Zeiten der Hut und Weide.

Geschlossene und ungeschlossene Zeiten sind Ausdrücke, deren man sich in Hut- und Weide-Sachen zur Bestimmung der Schonungen bedienet. Eine Schonung aber ist ein Hütungsplatz, welcher zu gewissen Zeiten entweder gar nicht, wie z. B. Wiesen, Masthölzer, der junge Aufschlag in den Wäldern und dergleichen mehr, oder nur von einer besonderen Viehart behütet werden darf. Die Zeiträume der Schonung werden geschlossene, — die der freigegebenen Hütung aber ungeschlossene Zeiten genannt. Bey den gewöhnlichen Hütungsplätzen, die nicht aus einer besonderen Wirthschafts-Ursache, wohin z. B. der junge Aufschlag in den Wäldern und die Mast zu rechnen sind, gänzlich geschonet werden müssen, gehen, nach dem allgemeinen Gebrauche, die geschlossenen Zeiten von Walpurgis bis Michaelis, und die ungeschlossenen von Michaelis bis Walpurgis. Wenn die besondere Verfassung einer oder der anderen Gegend oder Wirthschaft hierunter eine Abänderung nothwendig gemachet hat,

hat, so ist dieses eine Ausnahme, welche erwiesen werden muß, und der allgemeinen Regel selbst keinen Abbruch thut d).

Hiermit stimmen auch diejenigen Landesverordnungen überein, welche sowohl für das Calenbergische (Edict vom 30. April 1700 und vom 21. Februar 1701) e) als für das Lüneburgische (Edict vom 5. November 1708) f) darüber ergangen sind, wie es nach Verbesserung des Julianischen Calenders mit dem Zuschlage der Felder und Wiesen zu halten sey, an denjenigen Orten, wo dieselben zu gewisser Jahreszeit mit Schafen und anderm Viehe betrieben werden. Es verordnen diese Gesetze: daß alle in den hiesigen Landen belegene Wiesen und Felder, welche bisher zu gewissen Zeiten des Jahres mit Schafen und anderm Viehe betrieben und behütet, auf gewisse Tage aber zugeschlagen worden, fernerhin auf die jedes Orts vorhin gebräuchliche Tage, es sey Maitag, Pfingsten, oder aber ein anderer Tag, in Zuschlag geleget, und solche bey dem Zuschlage der Wiesen und Felder bis dahin übliche Termine durch die bey der unlängst geschehenen Calender-Verbesserung ausgelassenen eilf Tage keinesweges verrücket werden sollen. Die Veranlassung und der ganze Inhalt dieser Verordnungen zeigen jedoch hinlänglich, daß sie nicht solche Leges salutis publicae causa prohibitivae sind, welche, der Regel nach, den Beweis einer ihrem Inhalte zuwider laufenden Observanz ausschließen. Die angezogenen Edicte bezielen blos das Interesse privatorum, und es kann denselben durch ausdrückliche Verträge, mithin auch stillschweigend durch ein die Kraft eines Vertrages haben-

d) Oeconom. forens. Tom. 1. §. 129.

e) Chur-Braunschweig. Lüneb. Landes-Ordnungen Calenbergischen Theils. Cap. 4. Sect. 11. Nr. 146 und 147. Seite 373.

f) Chur-Br. Lüneb. L.O. Zelleschen Theils. Cap. 8. Sect. 5. Nr. 80. Seite. 209.

habendes Herkommen, derogiret werden g). Eine besondere Observanz gehet bekanntlich der allgemeineren in alle Wege vor h); nur muß das Daseyn der ersteren immer von demjenigen erwiesen werden, der dasselbe behauptet.

In Sachen des Anwaldes K. Cammer wider die Gemeinden Ebergötzen, Landolphshausen und Falckenhagen, in pto. diversorum, fand daher das K. O.A.-Gericht kein Bedenken, mittelst der Sentenz vom 9. December 1775, den Beweis der Observanz zuzulassen, daß in dem Amte Radolphshausen die Sommerfelder und Wiesen bis zum 12. Mai mit Schafen behütet würden.

g) L. 32. §. 1. Dig. de Legibus L. fin. Cod. de pact. convent. Mevius P. 3. Decis. 123. Nr. 6.

h) Harprecht Vol. nov. Cons. 4. Nr. 506.

XXIX. Erörterung.

Wenn ein Ehegatte den andern beschuldigt, etwas von dem Seinigen entwendet zu haben, so hat darüber die Eydesdelation Statt.

Ein Ehemann hatte seine Ehefrau wegen eines begangenen Ehebruchs im Verdachte, und beschuldigte dieselbe zugleich, daß sie ihm während der Ehe, mittelst eines Nachschlüssels, vom Kornboden Früchte, auch sonst allerley Victualien aus der Wirthschaft entwendet, mithin solche nicht zum Besten des gemeinschaftlichen Hausstandes veräussert habe. Die Frau war auf solche Beschuldigungen von ihrem Ehemanne weggegangen, und während der darauf angestellten Scheidungsklage verlangte der Letztere, bis zu entschiedener Sache, eine Separation, weil er seine diebische Ehefrau nicht zu sich nehmen könne. Um die Trennung während des Processes zu bewürken, deferirte er seiner Gattin über die angeschuldigten Entwendungen einen Eyd, über dessen Zulässigkeit zu entscheiden war.

Bekanntlich stehet in peinlichen Fällen dem Ankläger die Befugniß überall nicht zu, zur Begründung seiner Klage zur Eydesdela-

delation zu schreiten, und letztere ist kein Mittel, einen Angeschuldigten des Diebstahls zu überführen i). Allein Ehegatten begehen während der Ehe keinen Diebstahl gegen einander. Sie leben, wenn gleich nicht in Absicht des Eigenthums, doch in Rücksicht des Gebrauchs und Genusses aller häuslichen Sachen, in einer gewissen Gemeinschaft. Nach den römischen Gesetzen ward es daher unschicklich gefunden, wenn ein Ehegatte bey solchen Veranlassungen sich des schimpflichen Worts: Diebstahl gegen den andern bedienen wollte k). Man bezeichnete die Sache mit dem mildern Ausdrucke: *amotio rerum.* Das gemeine deutsche peinliche Recht folgt dem Beyspiele der römischen Gesetzgeber, und bestimmt, daß dergleichen Entwendungen in einer gewissen Leichtfertigkeit oder in einem Unverstande l) ihren Grund hätten, weshalb sie auch nicht von Amtswegen untersucht und bestraft werden sollen m). In dem römischen Gesetzen, wohin Carl V. bey diesem Falle die Urtheiler verweiset, ist zwar auf dergleichen Ehegatten-Entwendungen keine öffentliche Strafe gesetzt n), aber dem Beschädigten ward doch gestattet, auf Schadenersatz zu klagen o); denn die Amotionen geschahen sonderlich in dem Falle sehr häufig, wenn der eine Ehegatte die

i) Quistorp peinl. Recht. §. 805. Malblanc doctrina de jurejurando, §. 45.

k) L. 1 und 2. amotarum rerum.

l) Peinl. Ger.-Ordn. artic. 165. de Böhmer meditat. ad h. artic. §. 3 u. 4.

m) Klein Grundsätze des peinl. Rechts. §. 440.

n) L. 2. C. rerum amotarum.

o) L. 24. 25 — 29. D. de act. rer. amot. Böhmer de action. Sect. 2. Cap. 11. §. 50 u. 51. Schmidt von gerichtlichen Klagen. §. 1167.

die Absicht hatte, sich von dem andern zu trennen p). In dieser Hinsicht verstatten die römischen Gesetze ausdrücklich die Eydeszuschiebung, versagen dem beschuldigten Ehegatten die Relation des Eydes, und verpflichten den Kläger blos zur Ableistung des juramenti calumniae, wenn es gefordert wird q). Die Eydesdelation gehöret auch überhaupt zu den erlaubten Beweismitteln, und sie muß in dergleichen Fällen um so mehr zulässig seyn, da die Amotionen gewöhnlich heimlich und im Verborgenen zu geschehen pflegen. Einem Ehemanne ist aber nicht anzumuthen, wenn die Wahrheit der beschuldigten Entwendung durch den Eyd ausgemittelt wird, seine Ehefrau während der Dauer des auf gänzliche Trennung der Ehe gerichteten Processes wiederum zu sich zu nehmen. Das höchste Tribunal erkannte daher am 31. Jan. 1800 in S. Magerhans g. dessen Ehefrau geb. Seboden pto. divortii, die Eydesdelation für zulässig.

p) L. 17. §. 1. D. und L. 1 u. 3. C. de act. rer. amot. a Pufendorf animadv. 58.

q) L. 11 — 14. D. de act. rer. amot. Deinlin de licita jurisjurandi delatione super facto illicito. Altorf. 1739.

XXX. Erörterung.

Der alte Pächter eines Cammergutes hat ein Vorzugsrecht vor dem anderweiten neuen Pächter.

Mit dem Ablaufe der Pachtzeit stehet es dem Eigenthümer völlig frei, die vermiethete oder verpachtete Sache einem andern pacht- oder miethsweise von neuem einzuthun. Der bisherige Pächter kann diese Veränderung in der Regel nicht hindern, wenn er gleich das Pachtstück gern behalten, und eben das leisten will, was ein neuer Pächter zu geben bereit ist r). Nur bey fiskalischen und Cammerpachtungen machen die römischen Gesetze hiervon eine Ausnahme, und geben dem bisherigen Pächter ein Vorzugsrecht vor dem neuern, wenn sich der erstere zur Erfüllung eben der Bedingungen erbietet, welche der letztere offeriret hat s). Ob dieses den alten Pächtern nach römischen Gesetzen zukommende Vorzugsrecht auch noch heut zu Tage den Pächtern herrschaftlicher Domanialpertinenzen beyzulegen sey? darüber sind die Rechts-

r) L. 32. C. locat. et conduct.

s) L. 4 u. 5. C. de locat. praedior. civil.

Rechtsgelehrten nicht gleicher Meinung. Einige t) verneinen die Frage schlechthin; andere u) bejahen sie. Die letztern verdienen aber weit mehr Beyfall.

Daß diese Vorschrift der Römischen Gesetze, wie die erstern Schriftsteller wollen, sich allein auf die besondere Staatsverfassung der Römer gründe, und daß die angezogenen Gesetze in Deutschland nicht recipirt wären, läßt sich gar nicht vertheidigen. Bey der im Ganzen erfolgten Aufnahme des römischen Rechts braucht man bekanntlich nicht erst die Annahme jeder einzelnen Gesetzstelle desselben zu erweisen und gerade in der Lehre vom Pacht- und Miethcontracte zeigt sich der Gebrauch der römischen Gesetze, so wie bey allen übrigen Real- und Consensual-contracten, in seiner vollen Stärke. Die ursprüngliche Veranlassung eines Gesetzes, wenn solche gleich nicht weiter eintritt, hebt an sich die Anwendbarkeit desselben nicht auf, und es läßt sich auch gar nicht behaupten, daß dieses Gesetz auf die besondere römische Staatsverfassung, oder den eigenen Nationalcharacter der Römer, eine eigenthümliche Beziehung habe. Die heutige Verfassung stimmt vielmehr in so fern mit der römischen in diesem Stücke überein, daß auch bey uns die Domanial-einkünfte und Gefälle in die Casse des Landesherrn einfließen. Von dieser Seite stehet also der Anwendbarkeit jener Gesetze um so weniger etwas entgegen, als der landesherrliche Fiscus die im römischen Rechte ihm beygelegten Vortheile und Vorzüge, in Rücksicht der Verjährung, der Edition der Documente, der Einziehung vacanter Erbschaften und unbekannt gewordener Depositen, der Vorrechte bey Concursen

t) Schilter in exercit. ad pandect. 31. §. 13. von Quistorp rechtl. Bemerkungen. Th. 1. Nr. 2.

u) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 136. §. 1. Klaproths Rechtswissenschaft, Th. 2. §. 297. Leyser Spec. 215. m. 4. Hofacker in princip. jur. civ. Tom. 3. §. 1977.

cursen u. s. w. wirklich ausübt und geltend macht. Es würde mithin ganz unbillig seyn, wenn der landesherrliche Fiscus blos die für ihn sprechenden Vortheile genießen und behaupten, die wider ihn gesetzlich eingeräumten Vorzüge aber nicht anerkennen wollte.

Man kann daher wohl mit Grunde annehmen, daß das den ältern Pächtern der fundorum publicorum et fiscalium, bey einer anderweiten Verpachtung beygelegte Vorpachtrecht auch auf die alten Pächter der herrschaftlichen Domanialgüter und Pertinenzen in hiesigen Landen völlig anwendbar sey, wenn die Pächter in den Pachtcontracten demselben nicht entsagt, oder den Besitz des Pachtstücks dem neuen Pächter, ohne von diesem Vorrechte Gebrauch zu machen, eingeräumet haben x).

Daß übrigens dies Vorzugsrecht bey den alten Pächtern der Kirchen- Klöster- und Stadtpertinenzen keine rechtliche Anwendung findet, darf man in den hiesigen Landen beynahe als ausgemacht ansehen y).

x) von Quistorp a. a. O. Note n.

y) a Pufendorf l. c. §. 2. f. Strube rechtl. Bedenken. Th. 3. B. 119. §. 3.

XXXI. Erörterung.

Bey einem bedungenen Vorkaufe oder Näherrechte ist die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein anderer übernehmen will, eben so wenig wesentlich erforderlich, als die Erlegung des Kaufpreises, welchen ein dritter Käufer zu geben bereit ist.

Der Fleischermeister Fenkner verkaufte seine Wiese für 302 Rthlr. Convent.Münze und 200 Rthlr. Gold an den Berghauptmann von Reden, und zwar unter folgender zwischen den Contrahenten beliebten Bedingung: „daß, wenn dem Käufer oder dessen Erben gefällig seyn möchte, diese Wiese wiederum zu verkaufen, dem Verkäufer oder dessen Kindern das Näherrecht daran zustehen solle, jedoch mit dem Vorbehalt, daß alsdann die Kaufsumme in vollwichtigem Golde bezahlt, und die Meliorationen vergütet werden sollten. Wenn sich aber der Verkäufer oder dessen Kinder dazu nicht verstehen würden, bliebe dem Käufer oder dessen Erben frei und nachgelassen, gedachte Wiese an einen jeden Dritten nach Gefallen zu verkaufen; der Verkäufer oder dessen Kinder sollten sodann das Näher-

Näherrecht verliehren, und solches gegen den fernern Käufer und führohin nicht weiter exerciren können."

Die Erben des Käufers ließen die Wiese zum öffentlichen Verkauf nachmals bringen, und in dem Subhastationstermine wurden 900 Rthlr. Cassen-Münze dafür geboten. Der Verkäufer verlangte contractsmäßig zum Näherrechte gelassen zu werden, und erbot sich, die Kaufsumme mit 502 Rthlr. in Golde, nebst den Melioramenten, zu erlegen. Damit waren indeß die Erben des Käufers nicht zufrieden; und die Justiz-Canzley zu Hannover erkannte darauf in der Appellationsinstanz: „Nachdem nun in dem eingegangenen Contracte ausdrücklich das Näherrecht verabredet worden, und es sich daher von selbst verstehet, daß Appellat, dafern er solches jetzt zu exerciren gedenkt, nicht das ehemalige Kaufgeld, sondern das höchste Gebot zu bezahlen schuldig; so sey dem Appellaten die Erklärung darüber aufzulegen: Ob er gegen Erlegung des jetzigen, oder in einem anderweiten termino licitationis etwa offerirten höchsten Gebots, und gegen Erstattung der Melioramente, das Näherrecht exerciren, oder davon abstrahiren wolle?

Die Sache kam darauf zur Entscheidung an das Ober-Appellations-Gericht. Die Partheyen waren bey diesem Rechtshandel über die Natur und das Wesen des Nebenvertrages selbst nicht einig, und die Canzley hatte bey Abfassung ihrer Entscheidung den gewöhnlichen Begriff vom Näher- und Vorkaufsrechte zum Grunde gelegt. Der Verkäufer behauptete, daß ein Wiederkaufscontract verabredet sey; die Erben des Käufers hingegen, daß der Contract blos ein Näher- oder Vorkaufsrecht z) enthalte. Das erstere war offenbar nicht der Fall, denn es

z) Von dem wahren Unterschiede zwischen Näherrecht und Wiederkauf s. m. Geigers und Glücks merkwürdiger Rechtsfälle B. 1. N. 21.

es ist in dem Kaufcontracte mit keinem Worte enthalten, daß der Käufer oder dessen Erben schuldig seyn sollten, dem Verkäufer die Wiese, gegen Erstattung des Kaufgeldes, wieder zurückzuverkaufen; vielmehr hing es lediglich von der Willkühr des Käufers oder dessen Erben ab, ob sie dieselbe jemals wieder verkaufen wollten oder nicht? Die Absicht der Contrahenten, worauf man vorzüglich zu sehen hat a), war hier blos dahin gerichtet, daß der Verkäufer oder dessen Erben, auf den Veräußerungsfall, ein Vorrecht vor jedem andern Käufer haben sollten, wenn sie das ganze Kaufgeld in Golde, nebst den Meliorationen, erstatten würden. Unter dem gebrauchten Ausdrucke Näherrecht konnte also nach der Absicht der Contrahenten und den Worten des Contracts kein Wiederkauf, sondern blos ein Näher- und Vorkaufsrecht b) verstanden werden.

Als ein wesentliches Erforderniß des Vorkaufs- und Näherrechts ist es aber nicht anzusehen, daß der Verkäufer bey der Reluition allezeit den Kaufpreis bezahlen muß, welchen ein Dritter zu erlegen bereit ist. Meistens ist es zwar der Fall, insofern nämlich unter den Contrahenten kein gewisser Wiedereinlösungspreis stipulirt ist; aber wesentlich gehört diese Bestimmung nicht zum bedungenen Vorkaufsvertrage; und nur bey dem gesetzlichen Näherrechte, ingleichen bey dem Retractsrechte und Abtriebe, ist die Erfüllung aller Kaufsbedingungen, die ein Anderer übernommen hat, und mithin auch die Erlegung des Kaufpreises, welchen ein Dritter geben will, wesentlich erforder-

a) L. 6. §. 1. D. de contrah. vendit. L. 219. D. de V. S.

b) Die Worte: Wiederkauf, Vorkauf, Näherrecht, werden oft verwechselt. Geiger u. Glück a. a. O.

forderlich c). Nach der deutlichen Vorschrift der Gesetze d) bestehet das bedungene Vorkaufs- oder Näherrecht blos darin:

daß der Käufer die Sache, wenn er sie einmal wieder verkaufen will, an Niemanden, als an den Verkäufer, überlassen darf.

Es ist also gar nicht wesentlich nöthig, daß die Reluirung stets unter den nämlichen Bedingungen geschehen muß, welche ein dritter Käufer übernommen hat. Alles kommt vielmehr auf die Verabredungen der Partheyen hierbey an; und wenn unter diesen ein gewisser Preis festgesetzt ist, für welchen die Sache dem ersten Verkäufer in casu alienationis, wenn er sie reluiren will, wieder überlassen werden soll: so muß es bey dieser Verabredung bleiben, ohne den Verkäufer zu nöthigen, das höchste Gebot eines Dritten zu bezahlen. In dem vorliegenden Falle ging nun die Absicht der Contrahenten unstreitig dahin, daß der Verkäufer oder dessen Erben, auf den Veräußerungsfall, vor jedem dritten Käufer den Vorzug haben sollten, sobald sie den ersten Kaufschilling in Golde, nebst den Meliorationen, bezahlen wollten. Denn wäre es die Intention der Partheyen gewesen, daß der Verkäufer den Preis bezahlen sollte, welchen ein dritter Käufer einst bieten würde; so hätte man nicht nöthig gehabt, zu bestimmen, daß die Wiese auf den Wiederveräußerungsfall, gegen Erlegung des ersten Kaufpreises, und zwar in Golde, dem Verkäufer, wenn er es wollte, wieder überlassen werden sollte: und eben so wenig hätte man alsdann die Erstattung der Meliorationen im Voraus stipuliren dürfen. Bey dieser vorhandenen Verabredung der Contrahenten war also der gewöhnliche Begriff vom

c) Runde deutsch. Privatrecht. §. 195.

d) L. 21. §. 5. D. de act. emti venditi. L. 75. D. de contrahenda emt. vendit. Westphals Lehre vom Kauf- Mieth- und Pachtcontracte. §. 673 und 888.

vom Näher- und Vorkaufsrechte gar nicht anwendbar, und der erste Verkäufer nicht schuldig, die Bedingungen zu übernehmen, welchen sich der Dritte, in Rücksicht des Kaufgeldes unterworfen hatte. Es ward daher am 20. Jun. 1799 vom Tribunale an die Hannöversche Canzley folgendes Rescript erlassen:

„Nachdem die zwischen den Contrahenten zugleich mit getroffene Verabredung auf das deutlichste ergiebt, daß, da bey einem von Seiten des Käufers oder dessen Erben beliebten Verkaufe der Wiese die Kaufsumme in Golde und mit Erstattung der Meliorationen von dem Imploranten zurückgezahlt werden solle, nicht der bey einem anderweiten Verkaufe gebotene erhöhete Kaufpreis, sondern nur der vorige zu entrichten sey, und dann — erkannt ist; so habt ihr mit Wiederaufhebung eures rescripti vom 2ten Febr. a. c. dem Imploranten jene Befugniß zu erkennen, und sodann weiter, was Rechtens, zu verfügen."

XXXII. Erörterung.

Ein Erbenzinsherr kann von dem bedungenen Vorkaufs- und Näherrechte auch alsdann Gebrauch machen, wenn er das Erbenzinsgut nicht selbst benutzen, sondern es einem Dritten überlassen will.

Schon in den römischen Gesetzen ist dem Erbenzinsherrn ein Vorkaufsrecht eingeräumt e). Gewöhnlich pflegt aber, sonderlich wenn die Königl. Cammer, Namens der Landesherrschaft, gewisse Pertinenzen, Districte u. s. w., an Jemanden von neuem erbenzinsweise überläßt, in den Erbenzinsbriefen das Näherrecht ausdrücklich bedungen, und zugleich mit einer Hypothek bestärkt zu werden, um dasselbe nicht nur gegen den ersten Käufer oder nachmaligen Verkäufer, sondern auch wider jeden Dritten, vermittelst der Realklage, geltend machen zu können. Das gesetzliche Näherrecht und die verschiedenen Arten f) des eigentlichen Re-

e) L. fin. C. de jure emphyt. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 1060. Kleine's Annalen Th. 1. S. 115 ff.

f) Runde deutsches Privatr. §. 194 ff. Danz Handb. des deutsch. Privatr. §. 194 ff.

Retracts können zwar an keinen Dritten abgetreten werden g); allein die bey dem Abtriebe, Beyspruche und der Erblosung geltenden Grundsätze lassen sich auf das vertragsweise bestimmte Vorkaufs- oder Näherrecht gar nicht anwenden und ausdehnen. Durch einen solchen Vertrag wird blos die Bedingung festgesetzt, daß der Erbenzinsmann das Erbenzinsgut, wenn er es einmal wieder zu verkaufen Willens ist, an Niemanden, als an den Erbenzinsherrn, wenn dieser es verlangt, überlassen soll. Dieses durch einen besondern Vertrag erlangte Recht kann aber der Erbenzinsherr, wie jeden andern ihm zustehenden dinglichen oder Personal-Anspruch, an einen Dritten abtreten h), selbst wider Wissen und Willen des Erbenzinsmannes; weil dieser dabey nichts verliehrt, und folglich gar nicht befugt ist, der Art und Weise zu widersprechen, wie der Erbzinsherr sein Recht ausüben und gebrauchen will. Der Vorbehalt des Näherkaufs geschiehet ohnehin nicht immer in der Absicht von Seiten des Erbenzinsherrn, um das Erbenzinsgut einmal wieder selbst bewirthschaften und benutzen zu können. Es kann daher unstreitig ein jeder Erbenzinsherr von dem stipulirten Vorkaufs- oder Näherrechte, bey eintretendem Wiederveräußerungsfalle, auch alsdann Gebrauch machen, wenn er gleich dasselbe nicht für seine Person benutzen, sondern einen Dritten zur Beförderung anderer Einrichtungen, und unter ihm vortheilhaftern Bedingungen, als die bisherigen waren, ganz oder theilweise überlassen will.

g) Walch vom Näherrechte 2te Aufl. S. 82. 103 u. 266.

h) L. 75. D. de contr. emt. vendit. L. 9. C. de heredit. vel act. vendit. Hofacker princ. jur. rom. Tom. 3. §. 1962. Klaproths Rechtswissenschaft Th. 2. §. 286.

XXXIII.

XXXIII. Erörterung.

Von dem Noval, Neubruch, oder Rott-Zehnten.

1.

Nach dem gemeinen Rechte betrachtet, ist die Beantwortung der Frage: **wem** von dem urbargemachten Lande, Rottlande, unbesuchten Lande, oder von den sogenannten Neubrüchen und Neugereuthen (Terra novalis) der Noval, Neubruch oder Rottzehnte gebühret? unter den juristischen Schriftstellern sehr streitig. Einige billigen den Rottzehnten schlechthin dem Landesherrn zu i); Andere erklären denselben für das Eigenthum des ordentlichen Zehntherrn; und noch Andere sprechen die Eigenthümer des Neubruchs gänzlich von der Entrichtung dieser Art des Zehntens frei k).

2.

i) **Fabri** Staats-Canzley. Th. 59. S. 296.
Denecke Dorf- und Land-Recht, Resol. 11. S. 309.
Luther doctrina de decim., praecip. noval. Sect. 3. §. 5.

k) Böhmeri J. Eccl. Protest. L. 3. Tit. 30. §. 62 et 63.
M. s. überhaupt: de Reider diss. de decimis novalibus. Bamberg. 1793. und **Repertorium des Staats- und Lehnrechts**. Th. 4. S. 876 f. **Ueber den Begriff des Neubruchs**, in **Runde's** Beyträgen 2c. Th. 1. Nr. 14.

2.

Die Veranlassung dieser großen Verschiedenheit der Meinungen entspringet daraus, daß die Vertheidiger derselben über den Grund des Rechts zu dem Novalzehnten nicht völlig einig sind. Nach der von mehreren Schriftstellern angenommenen Theorie l), soll der Grund des Rottzehntens, so wie aller übrigen Prädialzehnten, in dem Eigenthume des Grund und Bodens, und in dem daraus herfließenden Rechte liegen, die Urbarmachung des Landes gegen eine gewisse Abgabe zu gestatten. Dahingegen leiten andere Rechtsgelehrte das Zehntrecht überhaupt, so wie auch der Regel nach den Rottzehnten, lediglich von der durch die christliche Geistlichkeit, nach dem Beyspiele der jüdischen Priester und Leviten, sich angemaßten und nachmals durch Gesetze bestätigten Befugniß her, zu ihrem besseren Unterhalte einen Theil vom Getreide, Most, Oel, Honig, von den Feldfrüchten, dem Viehe u. s. w. des Kirchsprengels zu nehmen m).

3.

Unbedingt kann man, wenn man sicher gehen will, weder der einen noch der andern der angeführten Meinungen beytreten. Die Wahrheit ist vielmehr da, wo sie gewöhnlich am sichersten gefunden wird, in der Mitte zwischen beyden Extremen zu suchen, und bey der Beurtheilung der Frage: wem nach gemeinen Rechten

l) a Berger Diss. de Origine et ratione decimar. in Germ. §. 31 et 32. a Pufendorf Tom. 3. Observ. 131 et Animadvers. 142. Runde deutsches Privat-Recht. §. 512.

m) Brunnemann de Eccles. L. 2. Cap. 6. Struben Nebenstunden, Th. 5. Abhandl. 35. §. 1.

ten der Rottzehnte gebühret? dürfte wohl folgender Unterschied zu erwägen seyn:

1) Ob das neuausgebrochene Land vorhin herrnlos gewesen ist, und weder einem noch mehreren Unterthanen, in einer bestimmten Feldmark eigenthümlich gehört hat.

2) Ob die Ländereyen in einer bis dahin zehntfreien Feldmark ausgebrochen sind; oder ob

3) der Ausbruch aus dem Privateigenthume eines Zehntpflichtigen, und aus der gemeinen Weide oder Hölzung einer zehntpflichtigen Gemeinde, geschehen ist.

In dem ersten Falle kann gegenwärtig kein Zehntherr auf den Novalzehnten Anspruch machen, weil der Neubruch keinen Theil einer zehntbaren Flur ausmacht, und folglich aller von einer allgemeinen Zehntpflichtigkeit herzunehmende Forderungsgrund wegfällt n). Nachdem ziemlich allgemein angenommenen Grund-

n) Nach den alten Fränkischen, auch Canonischen Rechten kam freilich solchenfalls auch der Rottzehnte der Geistlichkeit zu, und der Bischof konnte denselben entweder selbst hinnehmen, oder einer Pfarre zutheilen. Struben Nebenstunden Th. 5. Abhandl. 35. §. 13. Allein dieses bischöfliche Recht ist bereits vor der Reformation sehr eingeschränket, und noch mehr gegenwärtig durch den Westphälischen Frieden, indem sich i. d. Osnabrückschen Friedensschlusse, Art. 5. §. 47., ausdrücklich festgesetzet findet:

Quae fundationes die 1. Jan. an. 1624 in possessione vel quasi juris decimandi e bonis novalibus in alieno territorio fuerunt, sint etiam in posterum, nihil autem novi juris quaeratur. Inter caeteros status imperii et subditos id juris esto, quod jus commune, vel cujusque loci consuetudo et observantia, de decimis ex bonis novalibus constituunt, aut per pactiones voluntarias conventum.

Schmauss Corp. Jur. publ. Acad. pag. 889.

Grundsatze, daß die uncultivirten, in keinem besondern Privateigenthume sich befindenden Landplätze dem Landesherrn gehören, und daß von diesem wenigstens die Verwilligung zur Urbarmachung derselben abhänget, haben sich die Landesherrn vielfältig den Rottzehnten für die ertheilte Erlaubniß zum Ausbruche des Landes ausbedungen; und nicht ohne anscheinenden Grund zählen viele Rechtslehrer den Rottzehnten, unter den angegebenen Verhältnissen, zu den Regalien. In dem zweyten Falle, wo nämlich die zu einer bestimmten zehntfreien Feldmark gehörenden Ländereyen ausgerottet oder zur Cultur gebracht werden, kann, nach aller Billigkeit, niemand auf den Rottzehnten Anspruch machen.

Den Landeigenthümern stehet die ihnen eingeräumte allgemeine Zehntfreiheit zur Seite. Bey dem Landesherrn fällt der auf dem Eigenthum eines herrnlosen Grundes und Bodens beruhende Anspruch weg. Ein zureichender Grund, der dem Gerichtsherrn den Rottzehnten zueignen könnte, läßt sich nicht auffinden, und eben so wenig kann der Gutsherr darauf Anspruch machen, weil derselbe nicht befugt ist, bey den durch den Fleiß des Meiers vermehrten Aufkünften des Meierguts die Meierprästationen zu erhöhen o).

Anders verhält es sich mit dem vorausgesetzten dritten Falle, wenn nämlich der Ausbruch aus dem Privateigenthum eines Zehntpflichtigen, oder aus der gemeinen Weide und Holzung einer zehntpflichtigen Gemeinde, geschiehet. Ist die Geistlichkeit in diesem Falle Eigenthümerin des Hauptzehntens in der Feldmark, so kann derselben auch der Rottzehnte nicht bestritten werden p).

Wäre

o) Struben Comment. de Jure villic. C. 5. §. 23.

p) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 1. Bedenk. 100.
Werndle v. Zehntrechte. B. 4. Cap. 3. Seite 253.

Wäre aber das allgemeine Zehntrecht in einer Feldmark in weltlichen Händen, so hat auch der weltliche Zehntherr den gerechtesten Anspruch auf den Rottzehnten. Vormals konnten zwar die Bischöfe auch solchenfalls den Rottzehnten binnen des Bezirks ihres Sprengels fordern q); diese Verfassung ist aber, wie bereits oben erwähnet ward, längst aufgehoben. Jene älteren Verordnungen kommen auch den jetzigen protestantischen Landesherrn nicht zu Statten, weil ihnen durch den Westphälischen Friedensschluß die bischöflichen Rechte in diesem Stücke nicht übertragen sind, sondern es bey dem gemeinen Rechte gelassen ist, vermöge dessen denselben kein Rottzehnte gebühret, wenn sie ihn nicht hergebracht haben. Nach Anleitung der Gesetze r) ist gleichwohl da, wo ein Zehnte existiret, die Freiheit vom Rottzehnten nicht zu vermuthen; vielmehr ist anzunehmen, daß, wenn jemand an einem Orte mit dem Zehnten ohne Ausnahme beliehen worden, derselbe ihm daselbst von allen Aeckern zukömmt, sie mögen ausgebrochen seyn, zu welcher Zeit sie wollen. Der neue Ausbruch ist ein zufälliger Umstand; und da der Zehntherr oft dadurch einen Verlust leidet, daß bebauet gewesenes Land unbebauet liegen bleibet, so kann man ihm auch, der Billigkeit gemäß, den Vortheil nicht versagen, der daraus entstehet, wenn die Saatländerey vermehrt wird s). Diese aus dem gemeinen Rechte hergenommenen Grund-

Ludolf Observat. 77. p. 71. Das Canonische Recht verordnet dieserhalb Cap. 27. X de Decim.

Cum tibi, quod majus est, sit concessum, ut videlicet decimas de laboribus terrae parochiarum tuarum percipias, de novalibus eas exigere satis potes: quia ibi majus tibi conceditur, minus in hoc casu concessum videtur.

q) C. 25. X. de Decim.

r) C. 27. X de Decim. Spring v. Zehntrechte. Cap. 7. S. 10.

s) Strüben Nebenstunden Th. 5. Abhandl. 35. §. 12.

Grundsätze können jedoch natürlich da nicht zur Anwendung kommen, wo die Rechte wegen des Rottzehnten durch besondere Landesgesetze ihre Bestimmung erhalten haben, und es ist daher bey der Entscheidung der Streitigkeiten über das Rottzehnt-Recht vorzüglich auf die besondere Landesverfassung Rücksicht zu nehmen.

4.

Was die hiesigen Lande, und zwar zuvörderst das Fürstenthum Lüneburg, betrifft, so wird zwar verschiedentlich behauptet, daß der Rottzehnte im Lüneburgischen unbedingt dem Landesherrn zukomme t). Schwerlich kann man aber diese Meinung mit Grunde annehmen.

Von den das Zehntrecht betreffenden Lüneburgischen Landesgesetzen enthalten die Zehntordnungen H. Georg Wilhelm v. 18. Jul. 1685, und 9. Junius 1692 u), gar nichts vom Rottzehnten, und es wird dieser Gegenstand blos in dem Abschiede des im Schott Hößering d. 12. Jul. 1570 gehaltenen Landtages, in dem Ausschreiben v. 19. August 1690, und in der Declaration der Zehntordnung v. 16. August 1694, berühret.

Der ebengedachte Landtags-Abschied v. J. 1570 enthält, wegen des Rottzehnten, folgendes:

„Es hat auch hochgemeldter Fürst aus gnädigen Willen, „damit Sein F. G. Räthe und Landschaft zugethan, gnädig„lich gewilliget und nachgegeben, weil viel Äcker und Wiesken „zu den Höfen und Koten gerodet, daß dieselbige, ungeachtet „daß

t) Spring v. Zehntrechte. Cap. 7.

u) Sammlung Braunschw. Lüneb. Landes-Ordnungen Zellisch n Theils. Cap. 8. Sect. 6. Nr. 84 ff.

„daß das Rottland dem Landesfürsten zuerkannt wird, bey
„den Höfen und Koten bleiben sollen, damit die Leuthe Seiner
„F. G. und Ihren Gutsherrn soviel desto besser dasjenige
„was sie schuldig seyn, thun und leisten mögen. Jedoch hat
„Sein F. G. ihr und denjenigen, denen es gebühren mag, die
„Rottzehende fürbehalten z)."

Durch die hier gebrauchten Worte wird dem Landesherrn keinesweges das Recht, den Rottzehnten zu ziehen, unbedingt beygelegt. Wäre dieses die Absicht gewesen, so würde man schlechthin gesetzet haben: jedoch haben sich Ihro F. G. den ihnen gebührenden Rottzehnten vorbehalten.

Der merkwürdige gebrauchte Zusatz: und denjenigen, denen es gebühren mag, zeiget aber deutlich an, daß über eine ausschließende Befugniß zu dieser Art des Zehntens gar nichts hat bestimmet werden sollen, und daß man es in diesem Stücke bey dem Herkommen und dem gemeinen Rechte lediglich gelassen hat.

Die hierher gehörende Stelle aus dem Ausschreiben vom 19. August 1690 lautet ferner dahin:

„Man habe vernommen, daß bisher verschiedene Beamte
„einige Rottzehnten in partem salarii genossen hätten. Da
„man jedoch, sowohl für sich, als für die Fürstl. Posterität,
„darauf zu gedenken habe, wie die zu den Domainen gehörige,
„ja

z) Jacobi Landtags-Abschiede u. s. w. Hannover 1794. Th. 1. Seite 264. In dem Abschiede des im Schott Hößering am 23. August 1570 gehaltenen Landtages heißt es gleichfalls: Es soll aber in alle Wege der Rottzehende von dem Rottlande Uns oder demjenigen, dem es gebühret, vorbehalten seyn, und gegeben und gefolget werden. s. Jacobi a. a. O. Seite 281.

„ja von Landesfürstl. Hoheit selbst dependirende, auch inter
„Regalia mitbegriffene Stücke, wie solcher Natur und Eigen-
„schaft, die in den Landen befindliche Rottzehnten seyn, auf
„billige Manier den übrigen Domainen wieder einverleibt, und
„zu gehöriger Berechnung gezogen werden mögten u. s. w.: so
„sollten künftig keine Rottzehnten ferner jemand in partem sa-
„larii beygeleget werden y)."

Auch diese Aeußerungen sind jedoch nichts weniger wie entscheidend. Schon im Allgemeinen ist es bekannt, daß eine solche beyläufig eingeflossene, einseitige Behauptung eines zustehenden Rechts, selbst dann, wenn solche vom Landesherrn selbst herrühret, niemand zum Nachtheil gereichen kann z).

Ueberdem aber hat das angezogene Ausschreiben gar keine allgemeine gesetzliche Kraft. Es ist dasselbe blos ein an die Beamte erlassenes und nie öffentlich promulgirtes Cammer-Rescript, dem selbst bey der Publication der Sammlung der Landes-Ordnungen, durch eine den Lüneburgischen Landesständen ertheilte Declaration, die Kraft eines allgemeinen Gesetzes durchaus abgesprochen wird a).

Endlich ist in der Declaration der Zehntordnung vom 16ten August 1694 noch weniger Sachdienliches enthalten. Es redet diese

y) Sammlung Lüneburg. Landes-Ordnungen. Cap. 8. Sect. 6. Nr. 85. Seite 220.

z) Lyncker Resp. 65. Nr. 136.
Mevius Cons. 2. Nr. 153 et 154.

a) Diese Declaration besaget ausdrücklich: wie es mit solchen Cammer-Ausschreiben niemals die Meinung gehabt, daß sie als allgemeine Landesgesetze anzusehen wären.
Samml. Lüneb. Landes-Ordnung. Cap. 9. Seite 108.

diese Verordnung principaliter gar nicht von dem eigentlichen Rottzehnten, sondern von der Anlegung neuer Gärten und Kämpe in den zehntbaren Feldern, zum Nachtheile des ordentlichen Zehntherrn, und nur beyläufig sind am Schlusse die über ein allgemeines Recht zum Rottzehnten gar nichts entscheidenden Worte eingerücket:

„daß die, auch außerhalb der Zehntflur, etwa neu angelegte
„Kämpe dem sonst durchgehends hergebrachten Rottzehnt-
„Rechte allerdings unterworfen blieben b).“

Da es solchemnach an einem allgemeinen Gesetze über ein dem Landesherrn ausschließend zustehendes Recht zum Rottzehnten mangelt, so kann man mit Sicherheit annehmen, daß in dem Fürstenthum Lüneburg, wegen des Rottzehnt-Rechts, lediglich auf das gemeine Recht zu sehen ist c).

5.

Für das Fürstenthum Calenberg und diejenigen Provinzen, welche mit demselben gleiche Landesrechte haben, sind wegen des Rottzehnten bestimmtere Vorschriften vorhanden.

In der von dem Churfürsten Georg Ludwig am 1. Julius 1709 ertheilten d) und nachmals unterm 7ten December

b) Samml. Lüneb. Landes-Ordnung. Cap. 8. Sect. 6. Nr. 88. Seite 230.

c) Diesem Grundsatze gemäß, hat auch das K. O.A.-Gericht bereits am 7. Jun. 1749, in Sachen des Landraths Freiherrn von Spörcken, wider den Anwald der Amtsvoigtei Winsen, erkannt. a Pufendorf Tom. 3. Observat. 131.

d) Sammlung Braunschw. Lüneb. Landes-Ordnungen. Calenberg. Theils. Cap. 4. Sect. 21. Nr. 370. S. 1001.

cember 1742, auch 21. Junius 1781 e), bestätigten und verbesserten Zehntordnung, unterscheidet der Gesetzgeber:

1) den Neubruch in herrschaftlichen eigenthümlichen Hölzungen, und in Gemeinde-Hölzungen, Heiden und Weiden, die keinen Privatgrund- oder Gutsherrn haben, von demjenigen Ausbruche,

2) der in den Hölzungen vorgenommen wird, die den Landsassen und Unterthanen als Grundherrn zustehen f).

In dem ersten Falle soll der Rottzehnte, ohne Unterschied, dem Landesherrn, in dem andern aber dem Grundherrn gebühren. Es ist solchergestalt die Befugniß, den Rottzehnten zu zie-

e) Struben Th. 4. Bedenk. 73. Hannöverische Anzeigen v. J. 1781, Stück 56.

f) Die Worte des § 8. der Zehntordnung sind folgende: Wann jemand aus gemeiner Hölzung, oder aus solchem Lande, das mit Haide, Busch oder Braaken ganz bewachsen, Saatland, Gärten, Wiesen oder Kämpe machen wollte, und er dazu einen gewissen Platz von Unsern Beamten, oder auch von Unsern Landsassen, dafern der Platz ihnen zustehet, mit Einwilligung derjenigen, welche wegen der Hude und Weide dabey interessiret (maßen die Ausrodung anderergestalt nicht vergönnet seyn soll), angewiesen erhalten hätte; so muß er davon den Rottzehnten, und zwar nach Anweisung des Gandersheimischen Landtags-Abschiedes § 15., wenn es Unsere oder Gemeine Hölzungen, darin Wir der höchste Ertz-Erxe sind, an Uns, wo aber die Hölzungen Unsern Landständen und Unterthanen zustehen, dem Grundherrn entrichten. Wenn aber außer Hölzungen aus gemeiner Heide und Weide, mit Consens der Weide-Interessenten, Rottland angewiesen wird, so muß davon der Rottzehnte an Uns abgestattet werden.

ziehen, einzig und allein von der Grundherrschaft abhängig gemacht, und aller Anspruch des ordentlichen Zehntherrn auf diese Art des Zehntens unbedingt ausgeschlossen g). Nur in dem einzigen Falle, wenn das ausgebrochene Land bereits vorhin artbar gewesen wäre, und blos eine Zeit lang uncultiviret gelegen hätte, werden, §. 11. der Zehntordnung, dem ordentlichen Zehntherrn seine Rechte in Rücksicht des Zehntens vorbehalten, wenn keine 40jährige Zehntfreiheit erwiesen werden könnte. Dieses kömmt aber hier gar nicht in Betracht, weil das vorhin bebauet gewesene und nur wieder zur Cultur gebrachte Land, nach der Natur der Sache, und nach der deutlichen Vorschrift der Gesetze h), kein eigentlicher Neubruch ist, folglich auch der Begriff eines davon zu gebenden Rottzehntens wegfällt, und bey der wiederhergestellten Cultur nur der alte vormalige Zehnte wieder eintritt.

6.

Durch die für die Herzogthümer Bremen und Verden am 2. August 1743 erlassene neue Zehntordnung i) ist wegen der Art und Weise, wie ein Neubruch vorzunehmen sey, §. 8. folgendes verordnet:

„Bey vorzunehmender Neubruch oder Ausrohdung der Län„dereyen, aus einem Lande, das mit Heide, Busch und Braak „bewachsen ist, selbiges zu Saatland, Wiesen oder Gärten „zu machen, lieget demjenigen ob, der solches zu thun gewillet „ist,

g) Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. Bedenk. 100. v. Selchow Braunschw. Lüneb. Privat-Recht. §. 701.

h) L. 30. §. 2. Dig. de Verb. Sign. Cap. 21. X de V. S. et Cap. ult. X de Privilegiis.

i) Fernerweiter Anhang zu der 1732 aufgelegten Policey-, Teich-, Holz- und Jagd-Ordnung der Herz. Br. und W. Seite 347 u. f.

„ist, sich vor allen Dingen bey Unsern in dem Districte ver-
„ordneten Beamten, oder auch den Landsassen, sie seyn beede
„Guths- oder Zehntherren an den Orte, wenn nämlich Uns
„oder ihnen der dazu erwählete Platz gehöret, zu melden, den-
„selben eigentlich anzuzeigen, und ihre zu Vergönstigung und
„Anweisung, sodann auch aller derer, die mit Zehntzuge, Hut
„und Weide dabey interessirt sind, ausdrückliche Einwilligung
„zu erbitten, in deren Ermangelung aber keinen Aus- oder
„Neubruch zu unternehmen."

Obgleich hier von der Zuziehung der K. Beamten und anderer etwanigen Gutsherrn bey der Ausweisung des Neubruchs die Rede ist, so wird doch in keiner Stelle der Zehntordnung, weder dem Landesherrn, als solchem, noch dem Gutsherrn ein Recht, den Rottzehnten zu ziehen, beygeleget: und gewiß ist das Stillschweigen über diesen Gegenstand, in Rücksicht auf die Landesherrschaft, um so bemerkenswerther, da schon lange vor der Publication der Zehntordnung das Rottzehnt-Recht den Bremischen Landesherrn von den dortigen Landesständen mit Nachdruck bestritten ward k). Dagegen ist §. 10 des angeführten Ge-

k) In dem Commissions-Recesse v. 20. Jul. 1692 heißt es dieserhalb: Wegen der aus der gemeinen Heide neu aufgebrochenen Länderei, von welcher der Cammer-Meinung nach, laut des 20. Puncts der Instruction, Ihro K. Maj. gewisse Praestationes an Schatz- und Rottzehenten gebühren, haben Ihro K. M. — diese Sache von dergleichen indagine befunden, daß wegen der vielen, dieses oder jenen Orts, auch bey dieser oder jener Länderey vorkommenden Particularitäten, und da Landstände behaupten zu können vermeinen, daß kein Ort im Lande zu befinden, welcher nicht sub certo dominio sey, und daß die Zehendherren jedes Orts von dergleichen neu aufgebrochenen Lande decimam partem fructuum zu genießen haben, hingegen aber anderseits die Cammer in den gänzlichen Gedanken

Gesetzes dem Zehntherrn der übrigen Zehntflur sowohl von den aus gemeiner Hut und Weide aufgebrochenen Ländereyen, als von den privativen Wiesen, welche die Zehntpflichtigen zur Beackerung bringen, der Genuß des Rottzehntens mit folgenden Worten unbedinget zugesprochen:

„Was den Zehnten derjenigen Länderey anlanget, welche „aus gemeiner Hut und Weide aufgebrochen worden: so wird „hiemit als ein gewisses Principium festgesetzet und verordnet, „daß solcher Rottzehnte demjenigen zukommen und gebühren „solle, welcher wegen der übrigen Zehntflur Zehntherr ist. Dafern auch einige Zehntpflichtige ihre zehntfreie Wiesen aufbre„chen, verfolglich dahin ihren Mist verfahren, und dahingegen „dem

ken stehet, daß dergleichen neu aufgebrochene Ländereyen unter die Agros incultos et loca deserta zu rechnen, von welchen der hohen Obrigkeit den Rechten nach gewisse Abgiften und Zehenden gebühren, dieselbe einer gerichtlichen Erörterung, als wohin das Instrumentum pacis auch dergleichen Zehend-Sachen zwischen Reichsständen und deren Unterthanen, umb nach deren gemeinen Rechten, und jedes Orts Gewohnheiten darin zu verfahren, verweiset, bedürfte, und nachdem in Gnaden gut gefunden, daß selbige an hiesige Instantien zu rechtlicher Entscheidung gelangen; und wird solchemnach dieselbe an das K. Hof-Gericht zu völliger Ausführung hiemit verwiesen, und ist demselben dasjenige, was sowohl von Seiten der Landstände als des Cammer-Advocati, durante Commissione, desfalls eingekommen, zu seiner Information copeilich zu communiciren, wobey aber selbiges die Verfügung zu stellen haben wird, daß diejenigen Membra, so abseiten der Ritterschaft solch Collegium mit constituiren, sich in dieser Sache des Votirens und Decretirens enthalten, als worauf das Decretorium zu sehen haben wird. vid. a Pufendorf Tom. 4. Observat. Append. p. 529.

„dem zehntbaren Lande die nöthige Düngung entziehen, so soll „der Zehntherr in solcher Flur, so lange als solche Wiesen be„ackert werden und Korn tragen, den Zehnten davon zu ziehen „befugt seyn. Es soll auch dasjenige, was bey Vergönstigung „des Neubruchs in Ansehung der Dauer, ob er nämlich be„ständig, oder aber nur gewisse Jahren, währen solle, oder was „sonsten dabey verabredet und versprochen; an beyden Seiten „unverbrüchlich gehalten, und dagegen in keinem Wege ge„handelt werden."

Nach Anleitung dieser Verordnung gebühret der Rottzehnte von allem und jedem innerhalb einer zehntpflichtigen Feldmark neuausgebrochenem Lande dem Zehntherren des Districtes l).

An den Orten aber, wo gar kein Zehntzug existiret, dürfte wohl der Regel nach, und wenn nicht dieserhalb bey der Ausweisung mit dem Gutsherrn etwas ausdrücklich verabredet ist, der Anspruch auf einen Rottzehnten gänzlich wegfallen m).

 Nur

l) Auch von dem sogenannten Brand-Rocken, oder demjenigen Getreide, welches die Zehntpflichtigen, ohne eine vorgängige Beackerung in die fruchtbare Asche der von ihnen zu dem Ende abgebrannten Moorplätze säen, — S. Brem. Zehnt-Ordnung §. 13. — muß der Rottzehnte entrichtet werden. a Pufendorf Tom. 4. Observat. 132.

m) Hiermit stimmet auch dasjenige überein, was der vormalige Stadische Canzley-Director v. Scharnhorst, in seiner nur in Handschrift vorhandenen Nachricht von den in den Herzogthümern Bremen und Verden geltenden Landes-Gesetzen und Gewohnheiten, v. J. 1736, mit folgenden Worten sagt: Vom Neubruch ist die Observanz im Brem- und Verdenschen, daß der Zehnte davon dem zukomme, der Zehntherr in dem Zehntflur oder Districte ist, dahero dann

Nur der Beweis, daß von einem Neubruche seit 30 oder 40 Jahren kein Zehnte entrichtet oder gefordert worden, kann, Inhalts §. 12 der mehrerwähnten Zehntordnung, den Zehntpflichtigen, wenn derselbe nicht etwa selbst Pächter des Zehntens gewesen ist, von der Entrichtung des Rottzehntens befreien. Uebri-

dann auch die Regel obtiniret: daß, wo der kurze oder Mistwage gehet, dahin der lange oder Zehntwage folge. Wie solches bey Königl. Schwedischen Zeiten in contradictorio verschiedentlich, und noch per Sentent. i. a. 1712 ausgemachet, beym K. Hof-Gerichte in S. der Juraten zu Midlum, Landes Wursten, und des Ritterschaftl. Klosters Neuenwalde, sodann Advocati Camerae Intervenienten; welche Urthel auch beym O.A.-Gerichte zu Zelle, auf die desfalls, nach von selbigem an mich abgelassene Schreiben, von mir eingesandte Rationes decidendi confirmiret, und bey jetzigen Zeiten per Sentent. de 18. März 1718 und 1. Mai 1719, i. S. der Eingesessenen zu Flögeln wider den Pastor Mathäi alda, worin für den letzteren der Advocat. Camerae Rosenbruch selbst de dicta observantia attestiret, wie auch des Barons Lilienburg wider die Eingesessene zu Stotel, gleichfalls befunden, weswegen denn auch, auf die nach Anleitung des hohen Königlichen Commissions-Recesses d. 20. Jul. 1692, da die K. Schwedische Cammer ein anderes, ex praetensione agrorum incultorum sive desertorum verlanget, wogegen aber Status vorgestellet, daß in hiesigen Herzogthümern kein Locus, so nicht sub certo dominio eines Gutsherrn, S. K. M. zu Schweden dagegen nichts verordnet, sondern höchst rühmlich dieselbe damit an die Justiz, und desfalls das Hof-Gericht verwiesen, da aber Camera solche Prätension nicht weiter gereget, von jetziger K. Cammer zu Hannover beschehenen Anfrage an hiesige Regierung, diese nach gepflogener Communication mit K. Justiz-Canzley eine umständliche Relation von solcher Observanz abgestattet, so bey K. Cammer vorhanden.

Uebrigens ist durch den §. 13 der Z.-O. der Begriff eines Neubruchs dahin näher bestimmet: daß alle Länderey, welche erweislichermaaßen schon einmal vorhin in Cultur gewesen ist, gesetzt auch, es wäre dieselbe wegen Kriegsunruhen oder wegen anderer unglücklichen Zufälle 30 oder 40 Jahre unbeackert liegen geblieben, für kein Rottland gehalten werden soll. Wird solches verwilderte Land wieder bebauet, so tritt wegen desselben das Recht desjenigen Zehntherrn wieder ein, der in den Zeiten der vormaligen Cultur den Zehnten davon genoß.

XXXIV. Erörterung.

Ob Zehntpflichtige, welche den von ihnen zu gebenden Zehnten mit Gelde bezahlet haben, sich dadurch von der Natural-Prästation desselben befreien können?

Die aufgeworfene Frage ist nicht sowohl eine allgemeine quaestio juris, sondern vielmehr eine nach den jedesmal vorkommenden Umständen zu prüfende quaestio facti, deren Entscheidung vorzüglich davon abhänget, ob eine Natural-Zehnt-Prästation aus vorigen Zeiten ersichtlich wird, oder ob sich zeiget, daß der Zehnte nie in Natura gegeben ist. Aller Zehnte ward ursprünglich in Natura gezogen n). Der Zehntherr braucht daher das Recht auf die Natural-Prästation, der Regel nach, nicht erst zu erweisen. Er hat dieserhalb eine allgemeine Vermuthung auf seiner Seite, welche keinesweges blos durch den Umstand beseitiget wird, daß von den Zehntpflichtigen seit langer Zeit Geld bezahlet ist; denn vermuthungsweise muß das gezahlte Geld als ein Locarium für den Natural-Zehnten, und die Annahme desselben auf Seiten des Zehnt-

n) Struben Nebenstunden. Th. 5. Abhandl. 35. §. 1. Schnaubert Kirchen-Recht der Protestanten. §. 304.

Zehnthern als eine mit jeder Zahlungszeit erneuerte Location betrachtet werden, deren Aufrufung eine res merae facultatis ist o).

In Ermangelung eines ausdrücklichen Vertrages können die Zehntpflichtigen aus einer langjährigen Geldzahlung nur dann ein Recht auf deren stete Beybehaltung herleiten, wenn sie entweder einen unvordenklichen Besitzstand erweisen, oder darthun, daß einst von ihrer Seite wegen der Natural-Prästation des Zehntens ein Widerspruch eingetreten ist, wobey sich der Zehntherr beruhiget hat. In dem ersten Falle tritt, nach hinlänglicher Beweisführung, die violenta juris praesumtio ein, daß der Zehnte ursprünglich, oder doch in der Folge, unwiderruflich zu Gelde gesetzet sey p). In dem andern Falle findet hingegen eine sogenannte qualificirte Verjährung Statt, wodurch bekanntlich selbst res merae facultatis binnen der gewöhnlichen Zeit verlohren gehen und erworben werden können q). Daß übrigens weder der eine noch der andere dieser von den Zehntpflichtigen zu führenden Beweise in dem Falle erforderlich ist, wo der Zehntherr selbst unumwunden eingestehet, daß nie der Zehnten in Natura gezogen sey, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung.

Zur Bestätigung dieser Grundsätze kann der folgende neuerlich vorgekommene Rechtsfall dienen.

Die

o) Boehmer Princip. Jur. Canon. §. 653. Schnaubert a. a. O. §. 315. Grasmandorf de decim. per long. temp. in aestimat. praest. in A. Schmidt Thes. Jur. eccles. Tom. 7. Nr. 15. Hahn ad Wesenbec. D. Tit. Locat. cond. Nr. 8. Berlich P. 3. Concl. 48. Nr. 4. Carpzov P. 2. Const. 40. def. 2. Cothmann Vol. 2. Resp. 74. Nr. 94.

p) Boehmer Princ. Jur. Canon. §. 640. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 3. Bed. 64. §. 4.

q) Coccejus de reb. merae facult. §. 3. a Pufendorf Tom. 2. Observat. 92; T. 3. Observ. 160.

Die Eingesessenen zu Neuenkirchen im Herzogthume Bremen bezahlen von ihrem Viehstande dem Königl. Amte Blumenthal: für 1 Füllen 1 Schwaarn, für 2 Kälber 1 Schwaarn, für 4 Ferken 1 Schwaarn, und für ihre Hühner, ohne Rücksicht auf deren Anzahl, 6 Groot. Die Königl. Cammer hielt diese Abgabe für das Aequivalent eines schuldigen Schmalzehntens, und verlangte neuerlich die Natural-Prästation dieses Zehntens, obgleich sie selbst eingestand, daß dieselbe nie in Natura entrichtet sey. Von dem Hofgerichte zu Stade ward am 28. Jan. 1799 erkannt: daß das beklagte Amt Blumenthal den Natural-Zehnten von den Klägern zu fordern nicht befugt sey. Könnte und wollte aber Beklagter — rechtlich erweisen, daß die Kläger ursprünglich schuldig gewesen, von ihren Füllen, Kälbern, Fercken und Hühnern den Zehnten zu erlegen, und daß dasjenige, welches sie davon bisher bezahlet haben, ein Aequivalent solches Zehntens gewesen, so ergehet, mit Vorbehalt des den Klägern zustehenden Gegenbeweises, anderergestalt was Rechtens.

Als der Cammer-Anwald von diesem Erkenntnisse appellirte, so ward die Appellation von dem K. O.A.-Gericht durch folgenden Bescheid vom 24. Oct. 1799 verworfen: „Da der Implorant selbst eingestehet, daß nie ein Natural-Schmalzehnte von den Imploraten gegeben sey, hieraus aber die rechtliche Vermuthung entspringet, daß der behauptete Schmalzehnte, wenn die qu. Abgabe dafür gehalten werden könnte, ursprünglich nicht hat in Natura gegeben werden sollen, sondern auf einen gewissen Geldbetrag gesetzet ist; so findet das angebrachte Gesuch nicht Statt r).

r) Ueber die Frage: in wie fern ein statt des Zug-Zehntens gegebener Sack-Zehnten widerruflich sey? siehe
Cramer Wetzlarische Nebenstunden. Th. 5. Seite 158.
Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. Bedenk. 64.
a Pufendorf Tom. 1. Observ. 111. Tom. 2. Observ. 137.

XXXV. Erörterung.

Das Wahlrecht des Zehntherrn, welchem der Fleischzehnte zustehet, ist auf das von dem Zehntpflichtigen angekaufte junge Vieh nicht mit zu erstrecken.

Der Fleischzehnte kann von einigen Arten des Viehes, z. B. von Füllen, Kälbern und dergl., nicht jedes Jahr gezogen werden. Durch ein fast allgemeines Herkommen ist daher das Fortzählen bis zum zehnten Stück festgesetzt worden *), und wenn alsdann diese Anzahl vorhanden ist, so erhält der Zehntherr das zehnte Stück in Natura; falls kein Geldquantum dafür bedungen oder herkommlich ist. Gewöhnlich pflegt die Beschreibung des zehntbaren Viehes um Johannis in jedem Jahre vorgenommen zu werden, und sodann die Auszehntung entweder zugleich mit, oder auch wohl späterhin, wie solches die Observanz verschieden bestimmt, zu geschehen. Alles junge Vieh, welches in dem Jahre gefallen, und nicht etwa schon vor der Beschreibung gestorben ist, muß

*) Reinhardt ad Christin. Vol. 2. Obs. 2.
Klingners Samml. zum Dorf- und Bauernrechte. Seite 144.

muß von den Zehntpflichtigen angegeben werden, und dasjenige, was zur Zeit der Zehntbeschreibung lebendig war, wird gerechnet, und ist dem Zehntzuge unterworfen, wenn gleich das eine oder andere Stück vor der wirklich erfolgten Natural-Zehntziehung, aber nach der Beschreibung, gestorben seyn sollte s). Gewöhnlich hat aber der Zehntpflichtige zugleich die Befugniß, das beste Stück vorabzunehmen; und unter den übrigen kann alsdann der Zehntherr ein Stück als Fleischzehnten für sich auswählen.

Dabey entstehet oftmals die Frage: ob der Zehntpflichtige, wenn er ein Stück, welches in die Beschreibung gebracht ist, nachmals aber vor der Zehntnehmung verkauft, und dagegen ein anderes angekauft hat, schuldig ist, das angekaufte der Option des Zehntherrn zu unterwerfen? Diese Frage ist weder in unsern Provincialgesetzen, noch durch ein allgemeines Landesherkommen entschieden. Wo also die Entscheidung derselben in einzelnen vorkommenden Fällen nicht etwa aus Verträgen, rechtskräftigen Erkentnissen, oder aus einer erwiesenen Observanz herzunehmen ist, hat man allein auf die Analogie des Zehntrechts, die Natur der Sache, und auf die Billigkeit bey der Decision zu sehen.

Daß der lebendige oder Fleischzehnte unter die Realzehnten zu rechnen ist, leidet wohl keinen erheblichen Zweifel t). Hieraus ergiebt es sich schon, daß man das Recht des

s) Lüneburg. Zehntordnung v. J. 1692 in corp. Const. Luneb. Cap. 8. p. 226. Strube rechtl. Bedenken. Th. 1. B. 102. a Pufendorf in Animadv. p. 246. Oeconomia forensis B. 2. Hauptst. 4. §. 145.

t) Barthel de decimis Sect. 1. §. 1. in opusc. Tom. 2. Nr. 7. Schnaubert Commentar über Böhmers princ. jur. feud. §. 74.

des Zehntherrn blos auf dasjenige Vieh einzuschränken hat, was auf dem der Zehntpflicht unterworfenen Hofe gebohren wird; denn das geworfene junge Vieh ist als ein Theil der Früchte des alten Viehes, welches auf der Colonie befindlich ist, und von den damit verbundenen liegenden Gründen erhalten wird, anzusehen. Angekauftes junges Vieh kann man also nicht mit dahin zählen. In keinem Landesgesetze wird es aber den Zehntpflichtigen untersagt, von dem beschriebenen jungen Viehe vor der erfolgten Zehntziehung ein Stück zu veräußern. Ein solches Verbot würde auch schon an sich selbst einer guten Landwirthschaft ganz zuwider und derselben nachtheilig seyn, weil weder alles geworfene junge Vieh zugezogen werden kann, noch durchgehends zur Zuzucht tauglich ist. Es wäre also äußerst unbillig und den Regeln einer guten Oeconomie selbst entgegen, wenn der Zehntpflichtige sein gesammtes junges Vieh bis zur wirklichen Verzehntung groß zu ziehen und zu füttern schuldig, und nicht berechtigt seyn sollte, vor dem Zehntzuge ein oder anderes Stück davon zu verkaufen. Bey verschiedenen Arten des Fleischzehnten, z. B. bey dem Kälberzehnten, welcher nicht jedes Jahr, sondern ein Jahr um das andere, oder wohl nur erst im dritten Jahre gezogen werden kann, würde alsdann der Vortheil des Zehntherrn über das Gesetz und die Billigkeit erhöhet werden, und derselbe in dem angeführten Beyspiele nicht mehr einen Kälber-, sondern in der That einen Rinderzehnten zu genießen haben. Ohnehin ist, wenigstens in der Lüneburgischen Zehntordnung, der Vortheil des Zehntherrn schon dadurch sehr befördert, daß alle Kälber und Lämmer, welche nach der Beschreibung verkauft, in der Haushaltung verzehrt und umgekommen sind, der Verzehntung beygezählt und unterworfen werden sollen. Der Zehntherr selbst leidet aber bey einem Verkaufe entweder gar nicht, oder doch nur in den seltensten Fällen; weil ihm das verkaufte junge Vieh allezeit mit berechnet wird, und er aus dem Vorrathe der übrigen auf dem Hofe gebohrnen Stücke optiren kann. Sehr hart und unbillig bliebe es aber immer, wenn der Zehntpflichtige das, an

 die

die Stelle eines schlechten und untauglichen, zugekaufte bessere Stück dem Zehntherrn sollte überlassen oder blos der Wahl wegen alles junge Vieh auffüttern müssen, ohne einiges davon vor derselben veräußern zu dürfen. Nur der schlechteste Hauswirth wird übrigens das erstgefallene und beste junge Vieh, welches zur Anzucht tauglich ist, veräußern, und dagegen fremdes, untaugliches zur Zuzucht seines Viehbestandes wieder einkaufen. Von dieser Seite hat also der Zehntherr wohl nur in äußerst seltenen Fällen einen Nachtheil zu besorgen.

Indeß darf man doch auch diese Befugniß des Zehntpflichtigen nicht so weit ausdehnen, daß er alles auf seinem Hofe gebohrne junge Vieh verkaufen, und die Zuzucht blos mit angekauftem jungen Viehe bewerkstelligen dürfte. Dadurch könnte dem Zehntherrn nicht blos sein Wahlrecht genommen, sondern auch die Natural-Prästation des Fleischzehnten ganz unthunlich gemacht und vereitelt werden. In einem solchen Falle würde also der Zehntherr, zumal die Zehntordnung jeden Unterschleif und Betrug strenge untersagt, immer berechtigt seyn, von dem angekauften jungen Viehe ein Stück zu wählen, oder von dem Zehntpflichtigen völlige Entschädigung zu fordern. Nach diesen Grundsätzen erkannte das höchste Tribunal, in Sachen der Heldbergschen Erben c. Friedrichs in pto. Fleischzehnten, in der am 5ten April 1800 eröfneten Sentenz: Weil Appellanten, die ihnen geständigermaaßen zustehende Wahl des Kalbes, nächst dem besten, nach der Natur und Analogie des Zehntrechts nur unter denen auf dem zehntpflichtigen Hofe selbst gefallenen Stücken auszuüben, frei gelassen werden mag, so ist das decretum a quo lediglich zu bestätigen.

XXXVI.

XXXVI. Erörterung.

Ob die Trauerkleider mit unter die Leichenkosten gehören?

Das Privilegium der Leichenkosten ist in dem römischen Rechte gegründet. Was aber alles darunter zu begreifen sey? ist nirgends genau bestimmt, obgleich Beyspiele, wo derselben gedacht wird, öfters vorkommen. Man pflegt alles dahin zu rechnen, was unmittelbar zur Beerdigung des Verstorbenen ausgegeben werden muß, es mag zur Nothwendigkeit oder blos zur Anständigkeit derselben gehören u). Ob aber auch die Trauerkleider des hinterbliebenen Ehegatten und der Kinder mit dahin zu rechnen sind? ist bekanntlich sehr controvers. Einige x) behaupten: der Gläubiger müsse damit ganz von der Masse abgewiesen werden; Andere y) vertheidigen das Gegentheil. Hält man sich strenge an das römische Recht, so dürften sie wohl nicht mit zu den Leichenkosten zu zählen seyn. Ohnehin wird heut zu Tage die unterlassene Trauer

u) Dabelow vom Concurse der Gläubiger. Th. 2. S. 191.

x) Gmelin Ordn. der Gläubiger. S. 89.

y) Klaproth Einleit. in die summar. Processe. S. 140.

Trauer nicht mehr als eine Verletzung der Anständigkeit betrachtet; und für die andern oft Noth leidenden Gläubiger ist es in der That hart, wenn bey einer zahlreichen Familie des verstorbenen Gemeinschuldners die zuweilen sehr beträchtlichen Trauerkosten einen besondern Vorzug genießen; zumal solche blos aus einem ehedem für anständig gehaltenen Bedürfnisse von solchen Personen aufgewendet werden, welche die Gläubiger gar nichts angehen. Man sollte daher den Trauerkosten, welche den bisherigen Vorzug nicht sowohl deutlichen Gesetzen, als vielmehr den Rechtsgelehrten, Interpreten, oder dem Gerichtsgebrauche verdanken, und unter dem Scheine von sogenannter Billigkeit wirkliche Härte gegen die übrigen Gläubiger mit sich führen, billig keinen Vorzug in den Prioritätserkenntnissen weiter zugestehen. Der bisherige Gerichtsgebrauch z) hat indeß den Trauerkleidern das Vorrecht der Leichenkosten beygelegt, und ist noch neuerlich von der Zelleschen Justiz-Canzley in der Röhrschen Debitsache hiernach erkannt.

z) a Pufendorf in animadv. Nr. 106.

XXXVII.

XXXVII. Erörterung.

Ein Güterpfleger muß bey der Auszahlung der Concursgelder vorsichtig verfahren, und keine Ueberzahlung veranlassen.

Ein Curator concursus sive massae, von dem wenigstens die Idee in dem römischen Rechte angetroffen wird, wenn auch die in dem Titel der Pandecten: de Curatore bonis dando, enthaltenen Vorschriften nicht durchgehends auf denselben, nach der gegenwärtigen Beschaffenheit eines förmlichen Concursverfahrens, anwendbar seyn dürften, ist doch unstreitig als ein Verwalter fremder Güter zu betrachten. In dieser Eigenschaft liegt es ihm ob, culpam levem zu prästiren, oder diejenige Aufmerksamkeit in seiner Geschäftsführung anzuwenden, welche jeder ordentliche und vorsichtige Mann gewöhnlich zu beobachten pflegt a). Es muß sich daher ein jeder Curator bey Uebernahme einer Curatel an-

a) Arg. leg. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. L. 33. pr. de administr. et peric. tutor. Voet in Commentar. ad pand. Lib. 42. Tit. 7. Nr. 10. Lange vom Rechnungswesen und den dahin einschlagenden Rechten. Cap. 1. §. 8.

anheischig machen und versprechen, daß er alle und jedwede damit verbundenen Obliegenheiten und Geschäfte ordentlich und fleißig verrichten wolle. Erfüllt er aber nachmals dieses Versprechen nicht, so ist die Ersetzung alles daraus entstandenen Schadens eine natürliche Folge b).

Billig sollte ein jeder Curator seiner eigenen Sicherheit wegen bey Geldzahlungen aus der Concursmasse die genaueste Vorsicht beobachten. Aber oftmals wird solche durch ein unbesonnenes Vertrauen auf die Redlichkeit anderer versäumet, und eben durch diesen Mangel an nöthiger Vorsicht veranlaßt, daß der Curator oder dessen Familie in eigene Vermögensverwirrung gerathen. Einige Bemerkungen, wozu wirkliche Fälle Veranlassung gaben, können vielleicht zu dieser nothwendigen Vorsicht dienen.

Erstlich muß sich der Güterpfleger vorsehen, keinem der Gläubiger mehr zu bezahlen, als der debitor communis wirklich schuldig war. Hat er aus Nachlässigkeit, oder nur aus einem Versehn und Irrthume, mehr ausgezahlt, so fällt dem Curator die Ueberzahlung allein zur Last, und er kann seinen Regreß blos an denjenigen Gläubiger nehmen, welchem er zu viel bezahlt hat c).

Zweitens darf der Curator keinem Gläubiger, dessen Forderung noch illiquide ist, etwas, selbst nicht einmal abschläglich, zahlen. Ist aber die Forderung an sich liquide, und nur noch nicht rechtskräftig classificirt, alsdann muß der Curator niemals anders eine Zahlung verrichten, als wenn eine völlig sichere

b) Kein Gericht sollte daher einen Curator ohne hinlängliche Caution ansetzen, weil es sonst selbst leicht verantwortlich werden kann.

c) Rebmann vom gerichtl. Verfahren in Rechnungssachen. §. 53.

sichere cautio, de eventualiter restituendo potiori vel potioribus, von dem Liquidanten beschafft wird. Sind

drittens verschiedene, oder die meisten der angegebenen Forderungen zwar liquide, aber noch nicht rechtskräftig collocirt: so kann der Curator unter der eben bemerkten Vorsicht, zwar abschläglich zahlen, aber keine Distribution der ganzen Concursmasse vornehmen. Denn ehe und bevor die letztere nicht völlig berichtiget, und der Schuldenzustand, in Ansehung der Richtigkeit der einzelnen Forderungen und des Vorzugs oder Prioritätsrechtes derselben, nicht vollkommen ins Reine gebracht ist, kann und darf, der Natur der Sache zu Folge, keine allgemeine und endliche Vertheilung des ganzen Concursvermögens unter die einzelnen Gläubiger geschehen d).

Viertens muß sich der Curator, wenn mehrere Interessenten eine gemeinschaftliche Forderung, z. B. Miterben, liquidirt haben, wohl vorsehen, keinem derselben mehr zu bezahlen, als dessen Antheil an der gemeinschaftlich liquidirten Forderung wirklich beträgt. Eine gemeinschaftliche Forderung, wenn die Gläubiger keine correi sind, ist ipso jure getheilt, und folglich darf einem jeden, ohne Vollmacht der übrigen, nicht mehr ausgezahlt werden, als dessen Antheil beträgt e). Der Curator ist also niemals befugt, die den übrigen Mitliquidanten zugehörigen Gelder, ohne besondern Auftrag und Anweisung, an einen andern auszuzahlen, oder das ohne deren Genehmigung zu viel Bezahlte den übrigen Mitliquidanten anzurechnen; weil bekanntlich zur Einhebung fremder Gelder allezeit ein mandatum speciale erforderlich ist,

d) Klaproth Einleit. in die summar. Processe. S. 170. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. §. 285.

e) Arg. leg. 1. u. 2. C. de heredit. Act. L. 26. C. de pact. L. 6. C. famil. hercisc. Richter de solut. th. 41.

ist, wenn die Auszahlung ohne eigene Verantwortlichkeit geschehen soll. Hat also der Curator, ohne Genehmigung und Vollmacht der übrigen, einem der Mitliquidanten mehr bezahlt, als dessen Antheil austrug, so fällt ihm salvo regressu gegen den Empfänger die Ueberzahlung allein zur Last, und er kann sich von der Verbindlichkeit, dieselben zu entschädigen, nicht anders befreien, als wenn er unter Vorlegung der Rechnungen und Quitungen zeigt, keinem der Miterben von der gemeinschaftlich liquidirten Forderung, nach Abzug der zum gemeinschaftlichen Nutzen verwendeten Gerichts- und Deservitkosten, ein mehreres bezahlt zu haben, als dessen Antheil betragen. Um die geschehene Distribution zu rechtfertigen, liegt es übrigens dem Curator ob, eine besondere Rechnung von demjenigen zu formiren, was ein jeder der Mitliquidanten aus der Concursmasse empfangen hat, und solche mit den erforderlichen Quitungen zu bestärken. Am vorsichtigsten handelt daher der Güterpfleger, wenn er

fünftens keinem der Miterben, ohne specielle Vollmacht und Genehmigung der übrigen, und nie anders, als auf Befehl des Concursgerichtes, etwas abschläglich auszahlt. Tragen aber sämmtliche Miterben darauf an, daß einem aus ihren Mitteln die ganze gemeinschaftliche Forderung, oder ein Theil derselben, gegen hinlängliche Caution, ausgezahlt werde, und der Concursrichter authorisirt den Curator zur Zahlung: so ist derselbe völlig gedeckt f), und es kann ihm alsdann keine Nachläßigkeit, kein Mangel an pflichtmäßiger Vorsicht entgegen gesetzt werden, wenn der Miterbe, der die Gelder erhoben hat, bey der von ihm geschehenen Distribution eine Ueberzahlung begangen, und dadurch seinen Miterben und Mandanten einen Verlust zugezogen hat.

f) Arg. leg. 1. §. 36. D. depositi und L. 81. §. 1. D. de solut. et liberatione.

XXXVIII. Erörterung.

Der Betrag oder Werth des Witthums, Wittwengehalts, Vidualitii, welches ein Vater, bey einer andern Ehe, seiner zweyten Ehefrau zusichert, darf den Erbantheil nicht übersteigen, der dem am mindesten bedachten Kinde erster Ehe zufällt; am allerwenigsten kann durch ein solches Witthum der Pflichttheil der Kinder erster Ehe geschmälert werden.

Den Römern war dasjenige, was wir jetzt unter der Benennung: Witthum, Wittwengehalt, Vidualitium, Dotalitium verstehen, völlig unbekannt. Nach deutschen Rechten ist es aber eine zweifelfreie Wahrheit, daß eine Hauptwürkung der gesetzlich vollzogenen Ehe in dem Rechte der Ehefrau auf ihre künftige Wittwenversorgung bestehet; daß daher diese Versorgung oder das Witthum, ohne alle Rücksicht auf das Eingebrachte, und selbst wenn die Wittwe dieses zurückerhält, principaliter aus dem Allodialvermögen des Ehemannes ausgesetzet wird, und daß die Bestimmung hierüber gewöhnlich und zweckmäßig in den

Eheverträgen oder Ehestiftungen geschiehet g). Keinesweges darf aber durch ein solches Witthum das gesetzliche Erbrecht der Kinder erster Ehe geschmälert werden. Das Römische Recht setzet fest: daß weder Vater noch Mutter, wenn sie zu einer andern Ehe schreiten, unter irgend einem Titel, dem zweiten Ehegatten mehr hinterlassen können, als demjenigen Kinde erster Ehe zu Theil wird, welches das Wenigste von der Verlassenschaft des Disponenten erhält; daß ferner durch dasjenige, was dem zweyten Ehegatten hinterlassen wird, der Pflichttheil der Kinder erster Ehe nicht geschmälert werden darf; und daß endlich alles, was über die geringste kindliche Erbportion dem zweyten Ehegatten zugesichert ist, tanquam non scriptum angesehen, und unter die Kinder vertheilet wird h).

Daß diese Verordnung noch bey uns ihre volle Anwendung findet, wird wohl niemand bezweifeln, und obgleich darin von der Hinterlassung eines Witthums, aus der sehr natürlichen Ursache, weil den Römern solches völlig unbekannt war, nicht ausdrücklich die Rede ist: so dürfte die Ausdehnung der erwähnten Vorschrift auf das einer Stiefmutter verschriebene Vidualitium doch nicht wohl mit Grunde bestritten werden können i).

Die Bestimmung des Gesetzgebers ist ganz allgemein; sie erstrecket sich durchaus auf alles und jedes, was den Stiefeltern quocunque titulo hinterlassen werden könnte; und der Grund des

g) Struben Nebenstunden. Th. 5. Abhandl. 37. a Pufendorf T. 1. Observ. 22. T. 2. Obs. 39. T. 3. Obs. 120. T. 4. Obs. 81. Selchow Elem. Jur. Germ. §. 449 seq. Runde deutsches Privatrecht. §. 594 u. 598.

h) L. 6. Cod. de secund. Nupt.

i) Voet ad Dig. Lib. 23. Tit 2. §. 112.

des Gesetzes beruhet offenbar nicht in einem Odio oder einer Bestrafung wiederholter Eheverbindungen, sondern vielmehr in der Beförderung des Vortheils der Kinder erster Ehe, und in der Abwendung des Schadens, welcher denselben durch die Vorliebe ihres Vaters oder ihrer Mutter zu dem zweyten Ehegatten zugefüget werden könnte.

Alles dieses passet eben sowohl auf ein zugesichertes Witthum, als auf jedes Andere, was einem zweyten Ehegatten hinterlassen wird. Durch ein übermäßiges Vidualitium kann eine Stiefmutter so gut über die Gebühr, zum Nachtheile der Kinder erster Ehe und zur Schmälerung des denselben zukommenden Pflichttheils, begünstiget werden, wie durch eine Erbeseinsetzung, Schenkung oder durch ein Legat und Fideicommiß.

Das K. O.A.-Gericht nahm daher bey Abfassung der am 28sten Junius 1800, in Sachen v. Linsingen wieder v. Linsingen wegen Witthums und Kindestheils eröffneten Sentenz den Grundsatz an, daß der Betrag oder Werth des Witthums, welches ein Vater bey einer andern Ehe seiner zweyten Ehefrau zusichert, den Erbantheil nicht übersteigen dürfe, der dem am geringsten bedachten Kinde erster Ehe zufällt; und daß am allerwenigsten durch das Vidualitium der Pflichttheil der Kinder erster Ehe geschmälert werden könne k).

k) Eine zum Witthum ausgesetzte jährliche Rente, welche mit dem Tode der Witwe aufhöret, ist, wenn es auf die Bestimmung ihres Betrages und Werthes an Hauptstuhl ankömmt, nach dem bey der Berechnung von Leibrenten üblichen Calculo anzuschlagen.

XXXIX.

XXXIX. Erörterung.

Bey der Ermäßigung der Gültigkeit einer Schenkung, in Hinsicht auf deren Acceptation, kommen die jedesmal eintretenden Umstände und die aus denselben erwachsenden Vermuthungen in wesentlichen Betracht.

Zu der Wirksamkeit jeder Schenkung wird der gegenseitige Wille des Schenkgebers und Schenknehmers erfordert, und eine von dem Donatarius nicht angenommene Donation hat gar keinen Effect 1). Hieraus folget der auch durch mehrere Gesetze ausdrücklich festgestellte Satz, daß derjenige, der bey der vorgenommenen Schenkung nicht zugegen, und von der Absicht des Schenkgebers ununterrichtet ist, keine Donation acquiriren kann, — quia ignoti nulla cupido, et ignari nulla voluntas — und daß eine Schenkung als nicht vorhanden betrachtet wird, wenn der Schenkgeber verstirbt, ehe der Schenknehmer von dem Geschenke Wissenschaft erhalten, und dasselbe

1) L. 10. Dig. de Donation.

dasselbe acceptiret hat, indem in diesem Falle eine nachherige Acceptation nicht Statt findet m).

Die Anwendung dieser an sich zweifelfreien Rechtsgrundsätze erfordert indessen immer einige Behutsamkeit und eine sorgfältige Erwägung der in jedem einzelnen Falle eintretenden Thatumstände. Der Grund der angezogenen Gesetze bestehet nicht in einer bey Schenkungen zu beobachtenden Formalität, sondern blos darin, daß niemand unwissend und wider seinen Willen etwas erwerben kann n), und dieser Grund fällt dann völlig weg, wenn sich die Absicht des Schenknehmers, die Schenkung ausschlagen zu wollen, schlechterdings nicht gedenken läßt, oder wenn es auf eine oder die andere Weise ersichtlich wird, daß der Schenknehmer von der Donation Kenntniß gehabt hat, ohne dieselbe zurück zu weisen.

Eine ausdrückliche und wörtliche Acceptation ist keinesweges schlechterdings erforderlich; vielmehr reicht es nach der auf die Analogie mehrerer Gesetzstellen gestützten Meinung bewährter Schriftsteller hin, wenn der Schenknehmer bey einer in seinem Beyseyn ihm geschehenen Donation sich blos stillschweigend verhält o). Auf gleiche Weise wird die Gültigkeit einer Schenkung, auch ohne erfolgte Acceptation, in dem Falle durch die Gesetze angenommen, wenn der Schenkgeber durch einen

m) L. 2. §. 6. Dig. de Donat. Arg. L. 9. §. 1. Dig. de Jure dot. Carpzov Jur. For. P. 2. Const. 12. Def. 20. Sande Decis. Fris. L. 5. Tit. 1. Def. 1. a Pufendorf Tom. 4. Observat. 156. §. 1 et 2.

n) L. 19. §. 2. Dig. de Donat.

o) Bocer de Donat. Cap. 5. Nr. 9. Lauterbach Coll. Th. Pract. L. 39. Tit. 5. §. 8.

einen Brief, oder durch einen dazu besonders bestimmten Boten oder Abgeordneten, dem Donatario die Absicht, schenken zu wollen, bekannt gemacht hat p).

Es ist solchemnach anzunehmen, daß bey der Ermäßigung der Gültigkeit einer Schenkung, in Hinsicht auf deren Acceptation, die jedesmal eintretenden Umstände und die aus denselben erwachsenden Vermuthungen allerdings in wesentlichen Betracht kommen, und daß dieses nach Anleitung der allgemeinen Präsumtion: nemo liberalitatem respuere censetur, vorzüglich dann eintritt, wenn sich bey der Annahme des Geschenkes durchaus keine Gefährde gedenken läßt, mithin kein Grund abzusehen ist, der den Schenknehmer von der Acceptation des Geschenkes abgehalten haben würde.

p) L. 4 et 19. Dig. et L. 6. Cod. de Donat. Menochius Cap. 6. Praesumt. 99. Nr. 13. Carpzov Jurispr. for. P. 2. Const. 12. Defin. 21. a Pufendorf Tom. 4. Observat. 156. §. 5.

XL. Erörterung.

Eine Wittwe kann von den Erben ihres verstorbenen Ehemannes nicht zur Ableistung des Manifestations-Eydes angehalten werden, wenn über die Verlassenschaft des Verstorbenen bald nach dem Todestage ein Inventarium errichtet ist.

Die Bestimmung L. fin. §. 10. Cod. de Jure deliber., wegen des durch die Creditoren eines Verstorbenen zu erfordernden Manifestations-Eydes, erstrecket sich ohne Zweifel nicht blos auf die Erben selbst, sondern auch auf des Verstorbenen sämmtliche Hausgenossenschaft, und besonders auf dessen Ehefrau, welche daher in Fällen, wo die Substanz der Erbschaft zweifelhaft ist, sowohl den Creditoren, als den vielleicht abwesend gewesenen Erben, zu einer eydlichen Manifestation verpflichtet ist q). Diese Verbindlichkeit tritt aber unbedingterweise nur dann ein, wenn die Wittwe entweder gar kein Inventarium errichten ließ, oder sich mit der eigenen Verfertigung eines Privat-Verzeichnisses begnügte.

q) Mevius P. 2. Decis. 50. Lyncker Vol. 2. Cons. 103. Nr. 5.

gnügte. Freilich behauptet Brunnemann r), daß, ungeachtet des Daseyns eines gültigen und völlig glaubwürdig aufgenommenen Inventarii, die Wittwe des Verstorbenen dennoch schlechthin schuldig sey, auf Erfordern eydlich zu manifestiren, weil noch vor Aufnahme des Inventarii manches von der Verlassenschaft abhanden gebracht seyn könne. Mit Recht ist aber diese äußerst harte Lehre von einer Menge der bewährtesten juristischen Schriftsteller verworfen s).

Der Manifestations-Eyd ist eine Art des Purgatorii, und kann aus dem Grunde nur wegen vorhandener Anzeigen und Präsumtionen gegen denjenigen, der denselben ablegen soll, verlanget werden.

Dergleichen Verdachtsgründe treten ein, wenn es gänzlich an einem Inventario mangelt, oder dasselbe unvollständig und nicht gehörig verfertiget ist.

Es fallen dieselben aber bey dem Daseyn eines zeitig und gerichtlich aufgestellten Inventarii weg; denn für die Vollständigkeit und Richtigkeit einer solchen Inventur redet eine allgemeine Rechtsvermuthung bis dahin, daß auf die eine oder andere Weise besondere Mängel angezeiget und glaubhaft gemachet sind. In Sachen v. Linsingen wider v. Linsingen erkannte das K. O.A.-Gericht, mittelst der am 28. Junius 1800 publicirten Sentenz, in Gemäßheit dieser Grundsätze, und sprach die Wittwe v. L., da in den ersten 8 Tagen nach ihres Ehemannes Tode ein gerichtliches Inventarium errichtet war, von der Ableistung des ohne besonders angeführte Ursachen erforderten Manifestations-Eydes frei.

r) ad L. fin. §. 10. Cod. de Jure deliber. §. 47.

s) Mevius P. 4. Decis. 92. et P. 6. Decis. 360. Harprecht Vol. nov. Cons. 18. Nr. 42. Boehmer P. 1. Decis. 276. Nr. 8. et Decis. 428. Nr. 10. Carpzov P. 4. Const. 45. Def. 9. Nr. 6. Canngiesser Decis. Cassel. T. 1. Decis. 16.

XLI. Erörterung.

Von der Actione subsidiaria in factum, de damno culpa dato, welche wider einen Richter oder Beamten, wegen Comfirmation eines Contracts, einer Verpfändung oder Verbürgung von demjenigen angestellet wird, der dabey in der Folge seine Sicherheit nicht findet.

1.

Daß die Actio de dolo malo da angestellet werden kann, wo jemand aus böser Absicht, und wissentlich, einen Andern verleitet hat, mit einem Dritten zu seinem Schaden zu contrahiren, leidet keinen Zweifel.

Diese Actio famosa setzet aber schlechterdings einen betrüglichen Vorsatz, magnam et evidentem calliditatem, zum voraus t); und da der hierüber zu führende Beweis nicht selten schwierig wird, so ist es in vorkommenden Fällen sicherer, nach dem

t) L. 7. §. 10. et L. 8. Dig. De Dolo.

dem Rathe des Ulpian u), Actionem in factum verbis temperatam, ut bonae fidei mentio fiat, anzustellen, welche Klage nicht ad famosas gehöret.

Schon nach den älteren Römischen Rechten waren dergleichen Klagen zulässig; denn der Prätor gestattete Actionem in factum Legi Aquiliae accomodatam, wenn das damnum culpa datum nicht durch eine dem Geschäfte, wobey die culpa eintrat, angemessene, besondere und benannte Action zurückgefordert werden konnte x).

Das Canonische Recht hat dieses durch den Grundsatz: daß absque restitutione damni dati keine Remissio peccati zu hoffen sey, noch weiter bestätiget y); und häufige Beyspiele bewähren es, daß die Actio in factum de damno culpa dato auch gegen den Officialem, welcher sich in seiner Amtsführung einer culpae laesionis schuldig gemachet hat, bey uns im Gebrauche sey z).

Es findet die Klage besonders auch da Statt, wo ein Officialis, durch seine omittendo aut committendo bezeigte culpam, veranlasset, daß sich jemand durch eine untüchtige Bürgschaft oder Verpfändung genugsam gesichert glaubt, und auf diese Weise Schaden erleidet, welches vorzüglich durch gerichtliche Confirmation einer von einem Hauptschuldner, oder einem Bürgen ausgestelleten hypothecarischen Verschreibung, und durch die Ausstellung eines Zeugnisses von der Sufficienz des verpfändeten Vermögens des Schuldners oder Bürgen zu geschehen pflegt

u) L. 11. Dig. de Dolo.

x) L. 11. Dig. de Praescr. verb.

y) Cap. ult. X de Injur. et damno dato. Reg. 4. de Reg. Jur. in 6to.

z) Struben Rechtl. Bedenken. Th. 5. Bedenk. 5.

pflegt a). Da, was besonders die hiesigen Lande betrifft, die Contracte der Landleute einer gerichtlichen Bestätigung von Seiten der Aemter bedürfen, so sind die Beamten ohne Zweifel schuldig, solche nicht ohne Vorsicht zu ertheilen; denn wenn gleich die Lüneburgische-Policei-Ordnung Cap. 11. vornehmlich die Erleichterung der Beweise als den Grund jener Anordnung angiebt, so ist doch unstreitig bey den Contracten, und besonders bey den Verpfändungen unter den Landleuten, zugleich der Zweck der Verordnung mit bezielet, welcher die gerichtliche Anmeldung der Oppignoration eines Bürger-Guts erfordert, und wovon die Verordnung vom 17ten August 1739 sagt: daß die Absicht zugleich auf die Erhaltung guten Credits gehe, und daß der Gesetzgeber wolle, daß diejenigen, welche ein dergleichen jus in re erlangeten, sicher gestellet werden mögten b).

2.

Bey der Anwendung dieser Grundsätze auf vorkommende Fälle, ist die Erwägung der Frage von der größten Wichtigkeit: welcher gradus culpae den Richter, den Beamten, zur Schadenserſetzung verpflichtet? Ein Nachtheil oder Schaden, den jemand durch einen Andern erleidet, kann auf eine zweifache Art zugefüget werden.

Entweder durch die Versäumung einer Vorsicht, welche zu fordern der Beschädigte kein jus perfectum hatte; oder durch eine

a) Sieber Diss. An ex Confirmat. hypoth. Index ad id, quod intereſt, teneatur. §. 10 seq.
Berlich P. 2. Concl. 29. Nr. 79 seq.
Geiger u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle. B. 2. S. 78 ff.

b) Sammlung der Chur-Braunschweigischen Landes-Ordnungen Zellischen Theils. Cap. 2. Seite 927.

eine committendo vel omittendo gegen eine obliegende Obligationem perfectam anstoßende Handlungsweise.

Daß in dem ersten Falle nicht jede geringe Culpa zur Schadensersetzung verpflichte, bringet die Natur der Sache mit sich.

In dem letzten Falle, ubi quis, quod facere non debuit faciendo, sive quod facere debuit non faciendo, contra officia, alteri ex perfecto jure debitas agit c), ist es wohl billig, daß eine jede laesio obligationis perfectae durch den Ersatz des daraus erwachsenden Schadens gebüßet, und also culpa levissima prästiret wird.

Dieser aus dem Begriffe einer Obligationis perfectae, nicht blos naturalis, sondern auch civilis, aus einem juris vinculo, quo necessitate adstringimur, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum, secundum nostrae civitatis jura d), von selbst fließende Satz ist auch den positiven Rechten gemäß.

Das Canonische Recht verordnet: Eum qui damni occasionem dedit, super eo satisfacere opportere, nisi, ut non accideret, de contingentibus nil omisit e).

Wenn man aber auch diese Vorschrift, welche vorzüglich auf obligationem internam gerichtet ist, nicht zu den juribus nostrae civitatis rechnen wollte, welche, bey der Unterlassung irgend

c) Die in solchen Fällen eintretende Culpam benennet Pufendorf Tract. de Culpa P. 4. Cap. 2. sehr zutreffend: Culpam laesionis.

d) Pr. Inst. de Obligat. L. 3. pr. Dig. eod.

e) Cap. 9. X de Injur. et damno dato.

gend einiger Vorsicht, Actionem de damno dato begründen; so findet sich doch dasselbe Principium in dem Römischen Rechte festgestellet.

Um Actionem Legis Aquiliae zu begründen, ist der geringste Grad der Culpae hinreichend f); und da bekanntlich diese Klage mit der Actione in factum de damno culpa dato im Wesentlichen übereinkömmt, so behaupten bewährte Rechtslehrer mit gutem Grunde, daß Officialen auch für den in ihrer Amtsführung culpa levissima, sonderlich dem Landesherrn, veranlaßten Schaden zu haften verbunden sind g).

Auch hiesige Landesgesetze scheinen in einigen Fällen von den Officialibus summam diligentiam zu erfordern. In dem Ausschreiben an die Beamten vom 16. August 1692, die Bevormundung der Pupillen betreffend, ist verordnet: daß die Beamten darunter das Geringste nicht zu versäumen, oder alles daher entstehenden Schadens halber aus dem Ihrigen Satisfaction zu leisten haben h).

Eben so ist in dem Patente vom 4. Februar 1726, was wegen der Dimission derjenigen Reuter u. s. w. zu beobachten, und

f) In Lege Aquilia et levissima culpa venit. L. 44. pr. Dig. ad Leg. Aquil.
Stryk de Act. investig. S. 1. M. 10. §. 28.
Westenberg ad Dig. Tit. ad Leg. Aquil. §. 11.
Böhmer de Action. S. 2. Cap. 11. §. 20.

g) Mylerus Hyparchologiae. Cap. 20.
S. Stryk de Oblig. Princip. ex facto Ministri. Cap. 4. Nro. 4 — 9.

h) Sammlung Chur-Braunschweig. Landes-Ordn. Zelleschen Theils. Cap. 2. Seite 636.

und in specie für Caution zu stellen, erkläret: daß die Obrigkeiten und Beamten, falls sich bey des Reuters u. s. w. gestelleter Caution ein Mangel findet, und nicht alle benöthigte Sicherheit und Vorsicht dabey genommen, dafür selbst einstehen und verhaftet bleiben sollen i).

3.

Obgleich diese Gründe es sehr anscheinend machen, daß ein Officialis unbedingt culpam levissimam zu prästiren habe, so verdienet doch, bey einer näheren Erwägung des eigentlichen Sachverhältnisses, die Meinung derjenigen Rechtslehrer den Vorzug, welche die Verbindlichkeit der Officialen zur Ersetzung des durch ihre Amtsverwaltung zugefügten Schadens im Allgemeinen nur auf culpam levem einschränken k). Zu welcher Art der Contracte der Vertrag zwischen dem Domino und Officiali zu zählen sey, darüber sind freilich die Rechtsgelehrten sehr uneins. Am sichersten hält man aber wohl diesen Vertrag pro contractu innominato: do ut facias.

Nach der jedesmaligen Abrede überhaupt, und auch in Rücksicht auf praestationem culpae, kann die Würkung eines solchen

i) d. a. Sammlung der Landes-Ordn. Cap. 3. Sect. 8. Nr. 54.

k) Kress de jure officiorum et officialium, Cap. 3. §. 4 seq.
Der von diesem Schriftsteller angenommene Grund, daß der zwischen dem Domino und Officiali vorhandene Vertrag eine Conductio et Locatio operarum, und deshalb dabey von dem Locatore nur culpa levis zu prästiren sey, ist indessen so wenig zutreffend, als die Meinung anderer juristischen Schriftsteller, welche den Dienst-Vertrag pro Contractu Mandati erklären, und daher dem Officiali als Mandatario die Verbindlichkeit auflegen, für culpam levissimam zu haften.

solchen Contractes sehr verschieden seyn, und zu Zeiten von dem Officiali auch wohl summa et exactissima diligentia erfordert werden, wenn nämlich singularis personae peritia et industria von der einen Seite verlanget, und von der andern versprochen ist. Der Regel nach wird aber bey dem Dienstvertrage, wie bey allen übrigen Geschäften, wo nicht genau alles vorgeschrieben, sondern nur der Hauptzweck bestimmt verabredet werden kann, und die Wahl der Mittel, der Einsicht und der bonae fidei desjenigen, cui datur, ut faciat, überlassen werden muß, von dem Officiali keine größere Sorgfalt erfordert werden könne, als diejenige, welche ein bonus pater familias in seinen eigenen Geschäften anzuwenden pflegt, das ist: diligentia media, deren Versäumung culpam levem ausmachet.

Wer einen Officialem bestellet, kann von demselben nichts Ausserordentliches erwarten, sondern nur dasjenige, was ein rechtschaffner und ordentlicher Mann gewöhnlich zu leisten pflegt. Will der Dienstherr demnach eine ungewöhnliche Sorgfalt bey einem besonderen Geschäfte von dem Officiali fordern, so muß er diesen dazu besonders verpflichten. Wo dieses nicht geschehen ist, kann man nur annehmen, daß diligentia media verlanget und versprochen sey, und so ist denn auch wohl die den Diensteyden oft einfließende Clausel: „Nach bestem Wissen und Vermögen u. s. w." zu verstehen. Es stehet dieses keinesweges damit im Widerspruche, daß die culpa laesionis, die Unterlassung dessen, wozu jemand plene obligatus ist, auch culpam levissimam begreifet. Der Satz ist und bleibet an sich richtig, es leidet aber derselbe, wenn nicht etwa eine besondere Verpflichtung eingetreten ist, bey der Beurtheilung der culpae officialium um deswillen keine Anwendung, weil die plena obligatio derselben sich nicht weiter als auf eine von jedem guten Hausvater in eigenen Geschäften anzuwendende Sorgfalt erstrecket. Nur von der Ausübung einer solchen diligentiae mediae sind denn auch wohl, nach aller Billigkeit, die §. 2 angeführten beyden besonderen Landesgesetze zu verstehen.

Diese Grundsätze werden durch das Römische Recht vollkommen bestätiget. Die Actio subsidiaria contra Magistratum, welcher bey der Bestellung eines Vormundes für die hinlängliche Sicherheit des Pupillen sorgen, oder in subsidium selbst haften muß, setzet wenigstens culpam levem zum voraus. Levissimam culpam büßet nicht einst der Vormund selbst l), folglich kann der nur in subsidium haftende Beamte nicht zu einer größeren Sorgfalt verpflichtet seyn. Davon, daß der Vormund nur mediam diligentiam, wie ein bonus pater familias solche in eigenen Geschäften anzuwenden pflegt, in den Angelegenheiten seines Pflegbefohlnen zu leisten brauche, findet sich ein bewerkenswerthes Beyspiel in L. 50. Dig. de Admin. et peric. Tutor., worin es heißt:

Si argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur.

Die Worte: cum fuisset celeberrimus, können hier nicht anders erkläret werden, als bey dem servo, welchem auf den Fall, da er von der ihm anvertraueten Verwaltung Rechnung ablegen und justificiren konnte, die Freiheit legiret war, davon L. 111. Dig. de Condit. et demonstrat. nur fordert: Debitores, cum quibus servus contraxit, eo tempore, quo his creditum est, ejus conditionis fuisse, ut diligens pater familias his crediturus fuerit.

Auch nach der in Praxi angenommenen Auslegung wird, um diligentiam tutoris zu bewähren, nichts weiter erfordert, als: debitorem, cui pupillarem pecuniam tutor credidit, eo tempore, communi hominum opinione, idoneum reputatum esse

l) L. 1. pr. Dig. de Tut. et rat. redd. act. L. 7. Cod. Arbitr. tut.

esse m). Ein größerer Grad der Sorgfalt wird auch nicht von einem Officiali, bey der Confirmation eines Contractes, einer Bürgschafts- oder Hypothekbestellung, verlanget werden können n).

4.

Es ist solchemnach zur Begründung der Actionis subsidiariae in factum, de damno culpa dato, welche wider einen Richter oder Beamten, wegen der Confirmation eines Contractes, einer Verbürgung oder Verpfändung, von demjenigen angestellet wird, der dabey in der Folge seine Sicherheit nicht findet, der Regel nach erforderlich:

Erstlich, daß culpa levis des Beamten erwiesen, und dann

Zweytens dargethan werde, daß der erlittene Verlust eine Folge solcher culpae des beklagten Beamten sey; denn der Officialis, wenn er auch gleich nicht die gehörige, schuldige Vorsicht gebrauchet hat, ist dennoch nicht verbunden, für den Schaden zu haften, der aliunde, und etwa durch den Zufall, oder durch die eigene Schuld des Gefährdeten veranlasset wird o).

m) Pufendorf T. 3. Observat. 173.

n) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 5. Bed. 5.

o) L. 1. §. 11 et 12. Dig. de Magistr. conven. L. 2. §. 7. Dig. de admin. rer. ad civit. pertinent.

XLII. Erörterung.

Ob den archivalischen Kopeyen Glaubwürdigkeit beyzulegen sey?

In der Beantwortung dieser Frage ist man nicht gleicher Meinung. Einige Rechtsgelehrte p) wollen ihnen eben die Glaubwürdig- und Beweistüchtigkeit beygelegt wissen, welche die in Archiven befindlichen Urschriften selbst haben. Andere q) behaupten gerade das Gegentheil. Diejenige Meinung ist indeß den Gesetzen r) wohl am angemessensten, nach welcher eine Archivabschrift, oder eine im Archive aufbewahrte Kopie nicht anders etwas beweiset, bis der Archivar oder eine andere in öffentlichem Amte stehende Person beglaubigt hat, daß selbige von einem im Archive vorhandenen Originale genommen, und damit gleichlautend sey. Kann der Pro-

p) Marcard de probat. concl. 101. n. 10. Carpzov P. 1. const. 17. defin. 38. n. 5.

q) Struv in exercit. n. 38. th. 31.

r) L. 2. D. de fide instrument. Cap. ix. X eod. Leyser Spec. 266. medit. 9.

Producent, welcher sich auf eine Archivabschrift gründet, solches nicht beybringen, so muß das Original selbst dargelegt werden s). Eine Ausnahme hiervon würde aber alsdann eintreten, wenn die vormalige Existenz des Originals ausser Zweifel gestellt und bescheinigt wird, daß dasselbe durch Krieg, Brand oder andere Unglücksfälle verlohren gegangen ist, und besondere Umstände an der Richtigkeit des Inhalts der Abschrift keinen gegründeten Zweifel übrig lassen t).

s) Schröters jurist. Abhandl. B. 2. S. 199. von Tevenar Theorie des Beweises. S. 222. Danz Grundsätze des Processes. §. 326.

t) Ober-Appellat.-Gerichtsordnung Th. 2. Tit. 8. Nr. 2. §. 11. Hellfeld de probat. per exempla seu copias documentor. §. 14. Danz a. a. O. §. 321.

XLIII. Erörterung.

Von der Acker- oder Landmaaße, und den verschiedenen Benennungen derselben, sonderlich im Calenbergischen.

Ueber den Gehalt und die Größe der Ländereyen u) pflegen bey Kauf- und Pachtcontracten nicht selten Streitigkeiten zu entstehen. Auch haben die einzelnen Ackerstücke in den Feldmarken, nach der Beschaffenheit ihrer Breite, verschiedene Benennungen, welche oft in den Acten vorkommen, und daher einer kurzen Erläuterung werth sind.

In den Urkunden, Pachtcontracten, Meierbriefen u. s. w., ist zwar die Morgenzahl der Ackerländereyen stückweise, oder nach den Feldern, oder im Ganzen, gewöhnlich angegeben; auch pflegen darin die Wiesen nach Tagewerken oder Fudern angeschlagen zu seyn. Aber dergleichen Angaben gründen sich doch höchst selten auf eine geometrische Vermessung. In Ansehung des Ackerlandes wird die Größe nach dem Einfalle oder der Einsaat be-

u) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 185. u. Tom. 3. Obs. 112.

bestimmt x). Im Calenbergischen werden auf den Morgen zwey Himten Rocken, Weitzen, Gerste und Erbsen, und drey Himten Haber gerechnet. In Rücksicht der Wiesen heißt derjenige Raum, den ein Mann in einem Tage abmähet, ein Tagewerk; und dieses, oder den Raum, wovon ein vierspänniges Fuder Heu abgefahren wird, pflegt man für einen Morgen zu halten. Kommt es bey Aeckern oder Wiesen auf die Bestimmung des Quadrat- oder Flächeninhalts an, so nennt man denjenigen Raum einen Morgen, welcher 120 Calenberg. Kreutz- oder Quadratruthen enthält. Unter

x) Die Kornmaaße ist aber sehr verschieden. Im Calenbergschen und Wolfenbüttelschen rechnet man zwey Braunschweig. Himten Einfall auf jeden Morgen zu 120 Quadrat-Ruthen; in der Grafschaft Hoya aber fallen in einen solchen Morgen drey Himten; denn zwey Hoyaische Himten erfordern nur einen Morgen von 80 Quadrat-Ruthen, weil hier das Kornmaaß um ein Drittel kleiner ist. Geschiehet die Verpachtung der Aecker nach Braunschweig. Himten-Einfall, so muß der Verpächter die Landmaaße nach Braunschweig. Himten, mithin jeden Morgen zu 120 Quadrat-Ruthen, gewähren. Enthält die überliefertee Länderey die verabredete Kornmaaße nicht, und wird solches von dem Pächter erwiesen, so ist er an der Acker- oder Morgenzahl verkürzt, und er kann alsdann auf eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Pachtgeldes ex conducto klagen. In Absicht der verpachteten Wiesen hat indeß der Verpächter die in Anschlag gebrachte Fuderzahl nicht zu gewähren; weil einestheils der Pächter solche in Augenschein nehmen, und es als Oeconom muß beurtheilen können, ob, nach ihrem Umfange und ihrer Beschaffenheit, so viel Heu darauf wachsen kann; anderntheils aber der Verpächter nur die im Anschlage enthaltenen Stücke, aber nicht den davon berechneten Ertrag, zu gewähren schuldig ist. von Trützschler Abfassung rechtl. Aufsätze. Th. 2. S. 274.

Unter den verschiedenen Benennungen der einzelnen Stücke in den Feldmarken kommen folgende vor:

Ackerstück: ein solches muß 2 Calenberg. Ruthen breit seyn.

Breite; zwey in eins gepflügte Aecker, oder ein doppelt Ackerstück, heißt eine Breite, und hat 4 Ruthen in der Uebermaße.

Dreyer, ist ein anderthalb Ackerstück, 3 Ruthen Uebermaße.

Gahrte, ein halb Ackerstück, 1 Ruthe.

Halber Dreyer oder Helverlingdrohe, $1\frac{1}{2}$ Ruthe.

Helverstücke zu fünf und sieben, wovon erstere $2\frac{1}{2}$ Ruthe und letztere $3\frac{1}{2}$ Ruthe breit sind, aber selten vorkommen.

Gehrde ist ein an dem einen Ende sich zuspitzendes Stück, und es kann an dem andern Ende, nach seinem erforderlichen Gehalte, die Breite einer Gahrte, eines Ackerstücks, einer Breite, oder eines Dreyers u. s. f. haben.

Kuhlen- oder Keulenstück heißt ein solches, welches an einem Ende breiter ist, als an dem andern.

Scheffelstück enthält 90 Quadratruthen.

Ein Vorling, oder halber Morgen, enthält 60 Quadratruthen.

Ein Holle enthält 30 Quadratruthen. Zuweilen wird, aber uneigentlich, $\frac{1}{3}$, auch wohl $\frac{1}{8}$ Morgen ein Holle genannt.

Vor-

Vorwenden sind solche Stücke, auf welche verschiedene andere mit den Enden schießen, und worauf, wenn die letztern bestellet sind, mit Pflug und Egge umgewandt, auch auf- und abgefahren werden darf. Sie können übrigens Breiten, Ackerstücke, Gahrten u. s. w. seyn. Schießt eine ganze Flur auf ein solches Stück, so heißt es eine ganze Vorwende; wenn aber nur eine halbe Flur, oder weniger Stücke, darauf schießen, so wird es eine halbe oder Kopfwende genannt. Bey dem ersten Falle werden den Vorwenden 8 Fuß, und bey dem letztern 4 bis 6 Fuß, so weit gewendet und gefahren wird, gutgethan, und muß diese überschüßige Breite von der aufstoßenden Flur erfolgen.

Wannen werden im Ganzen alle diejenigen Räume in den Feldern genannt, worauf mit dem Pfluge gekehrt wird. Im eigentlichen Verstande aber verstehet man darunter diejenigen Grenzstücke, wo Feldmarken von verschiedenen Namen und Bestellungsarten abgehen, und die Stücke mit den Enden vor einander stoßen *).

*) Die Erklärung aller dieser verschiedenen Benennungen verdanken wir einem Aufsatze, welchen der geschickte Herr Bartels, Gohgräfe zu Hallerburg, sonderlich zum Gebrauche des Amtes Calenberg, im Jahr 1786 entworfen hat.

XLIV. Erörterung.

Darf der Richter niemals ultra petita partium erkennen?

In der Regel kann kein Richter den Partheyen mehr zuerkennen, als sie bitten y). So sehr aber auch dieser Grundsatz mit den Gesetzen und der Natur der Sache übereinstimmt, leidet er gleichwohl Ausnahmen. Entweder führen die Partheyen ihren Rechtshandel selbst aus, oder der Richter überträgt Jemanden die Ausführung der Sache, welches z. B. bey Concursen der Fall ist. Im ersten Falle schränkt sich die obige Regel insonderheit darauf ein, daß der Richter überall keine Umstände, die auf Thathandlungen beruhen, exceptiones in facto, suppliren darf z). Allein nichts hindert denselben, aus den in den Acten liegenden Thatumständen, rechtliche Folgerungen und Schlüsse abzuleiten, wenn gleich solche von den Partheyen und deren Rechtsfreunden ganz unberührt geblie-

y) a Pufendorf Tom. II. Obs. 107.

z) Albrecht merkwürdige Rechtsfälle. Th. I. Seite 206 f.

geblieben, und in dem petito übergangen sind. Im letztern Falle ist das richterliche Supplirungsamt noch weit mehr auszudehnen. Bey Concursen wird den Gläubigern das schuldnersche Vermögen überlassen, und die Vertheidigung desselben einem vom Gerichte angestellten, wenigstens bestätigten, Curatori übertragen. Hier ist es dem Richter nicht blos verstattet, dasjenige zu suppliren, was der Curator nicht beachtet und übergangen hat, sondern er ist auch vermöge der ihm überlassenen Oberdirection dazu verbunden.

XLV. Erörterung.

Von der zum Vortheile der unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen abzweckenden Vertauschung der denselben zustehenden unbeweglichen Güter.

Nach der Vorschrift der Römischen Rechte darf kein Vormund die unbeweglichen Güter seiner Pflegbefohlnen anders, als wegen dringender Schulden, veräußern. Selbst der etwa eintretende Umstand, daß durch den vorzunehmenden Verkauf der Vortheil des Minderjährigen offenbar befördert wird, bewürkt keine Ausnahme von dieser Regel, und der Richter darf sich, auch bey der festesten Ueberzeugung von der Erreichung eines solchen Nutzens, nicht zur Ertheilung eines Decreti de alienando ermächtiget halten a).

In

a) L. 5. §. 14. Dig. de rebus eorum, qui sub tut. L. 12. Cod. de Praed. et aliis reb. minor.

Einige Rechtslehrer halten zwar dafür, daß, wenn ein Mündling Häuser besitzet, deren Unterhalt ihm mehr kostet, als die daraus habende Nutzung einträget, solche veräußert werden können. Wern-

In den Chur-Braunschweigischen Landen ist zwar, durch die an die Justiz-Collegien ergangenen Verordnungen vom 23sten Julius 1725, die Auctoritate judiciali, und praevia causae cognitione, vorzunehmende Veräußerung der den Minderjährigen gehörenden Häuser und Bergtheile, wegen der mit der Beybehaltung dieser Immobilien verknüpften Beschwerde und Gefahr, gestattet b). Hierdurch wird aber jene Vorschrift des gemeinen Rechts keinesweges im Allgemeinen bey uns aufgehoben, sondern vielmehr, als durch eine Ausnahme von der Regel, ausdrücklich bestätiget. Nur wegen der Veräußerungen von Häusern und Bergtheilen ist in den hiesigen Landen dem obervormundschaftlichen Gerichte die Ertheilung eines auf den Nutzen des Minderjährigen gegründeten Decreti de alienando verstattet; in Rück-

Wernher P. 2. Obs. 412. — Andere gehen noch weiter, und billigen den Verkauf aller unbeweglichen Güter, wenn derselbe den Minderjährigen so nützlich ist, daß ein jeder guter Haushalter ihn vorzunehmen Ursach hat.

Voet ad Dig. Tit. de Rebus eorum, qui sub tut. §. 8. Cramer Obs. 201.

Diese Meinungen streiten aber wider den deutlichen Inhalt der vorangeführten Gesetze, und die mehrsten Rechtslehrer halten es daher mit gutem Grunde für richtig, wenn der Richter den Verkauf des einem Pupillen gehörenden unbeweglichen Guts ohne Nothwendigkeit erlaubt.

Eyben de Decreto in alienandis minor. reb. necessario Th. 24. Sande de prohib. rerum alienat. P. 1. Cap. 1. §. 4. Nr. 63. Huber ad Dig. Tit. de Reb. eorum, qui sub tut. §. 4. Böhmer T. 2. Dec. 614. Nr. 5. Leyse. Spec. 344. Medit. 1.

b) Chur-Braunschweig. Landes-Ordnungen, Zellischen Theils. Cap. 2. Seite 746. Calenberg. Theils Cap. 2. S. 645 und 646.

Rücksicht auf den Verkauf aller übrigen unbeweglichen Güter der Pflegbefohlnen hat aber das gemeine Recht seine völlige Kraft und Anwendung behalten c). Diese Grundsätze können jedoch nicht auf den Fall ausgedehnet werden, wenn blos von der nützlichen Vertauschung des einem Minderjährigen gehörenden unbeweglichen Guts, gegen ein anderes Immobile derselben Art, die Rede ist. Freilich darf kein Vormund eine solche Vertauschung für sich allein vornehmen; allein dem obervormundschaftlichen Richter ist es nicht allein unverboten, sondern sogar ausdrücklich zugestanden, die dazu erforderliche Einwilligung zu ertheilen, sobald dadurch das wahre Beste des Pupillen befördert wird d). Es läßt sich auch kein hinreichender Grund gegen die Zuläßigkeit einer mit der gehörigen Vorsicht, und unter obervormundschaftlicher Genehmigung, vorzunehmenden vortheilhaften Vertauschung gedenken. Der Grund, weshalb der Verkauf der unbeweglichen Güter ausser dem Falle dringender Schulden untersaget ist, bestehet nicht blos in der Besorgniß einer Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit oder Unkunde der Vormünder und der Obervormundschaft bey dem Verkaufe, sondern vorzüglich darin, daß liegende Gründe auf jeden Fall eine größere Sicherheit gewähren, als baares Geld, und daß es selbst bey dem anscheinend vortheilhaftesten Verkaufe immer ungewiß bleibet, ob nicht die Beybehaltung des unbeweglichen Guts in der Folge der Zeit dem Pupillen einen weit größeren Nutzen bringen kann. Bey der Vertauschung

c) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. Bed. 104.

d) Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli, vel adolescentes, alienare prohibentur: sed neque transactionis ratione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoque modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt.

L. 4. Cod. de Praediis et aliis rebus minor.

schung der Immobilien gegen andere gleicher Art ist der Fall ganz verschieden. Der Pupille erhält für sein unbewegliches Gut kein Geld, welches er durch Zufall zu verlieren Gefahr läuft, sondern ein anderes Immobile, dessen Werth mit demjenigen des durch den Tausch weggegebenen immer in einem gleichen Verhältnisse bleibt. Unter der Voraussetzung, daß eine gründliche Erwägung aller eintretenden Umstände den Nutzen des Pupillen würklich bewähret, und daß überhaupt die bey den Veräußerungen der Güter der Minderjährigen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden, kann daher der obervormundschaftliche Richter allerdings zu der Vertauschung eines dem Pupillen gehörenden unbeweglichen Guts, gegen ein anderes gleicher Art e), seine Einwilligung füglich ertheilen.

Es kam dieses bey der Entscheidung des folgenden Falles zur Erwägung.

Die für ihre Kinder zur Vormünderin bestellte Wittwe v. d. D. glaubte, daß der Verkauf gewisser ihren Pflegbefohlnen gehörenden, sehr zerstreut liegenden Grundstücke vortheilhaft sey, und bat deshalb bey dem Hof-Gerichte zu Stade um ein decretum de alienando. Als

e) Daß das Immobile, welches der Minderjährige durch den Tausch erhält, mit demjenigen, welches er weggiebt, von gleicher Art seyn muß, verstehet sich wohl von selbst, weil widrigenfalls die Ausmittelung des Nutzens bey dem Handel immer höchst schwankend bleiben würde, und der Pupille leicht sehr gefährdet werden könnte. Das wahre Verhältniß des Werths zweyer Stücke von verschiedener Gattung läßt sich, besonders in Rücksicht auf die Zukunft, nie mit völliger Zuverlässigkeit bestimmen. Wenn z. B. ein dem Pupillen gehörendes Grundstück, welches nur 1000 Thl. werth wäre, gegen ein nach dem billigsten Anschlage zu 2000 Thl. geschätztes Haus vertauschet würde: so könnte der Pupill, ungeachtet des anscheinenden Vortheils, bey dem Tauschhandel ansehnlich verlieren, wenn das Haus in der Folge abbrennte.

Als ihr dieses abgeschlagen wurde, wiederholte sie ihr Gesuch, und fügte demselben eventualiter den Antrag hinzu: sie wolle die besagten zerstreuten Pertinentien eintauschen, und dafür von einem ihr eigenthümlich gehörenden Gute gewisse Grundstücke von gleicher Größe und Güte ihren Kindern und Pflegbefohlnen eigenthümlich überlassen. Auch dieses Gesuch ward verworfen. Auf die wider den abschlägigen Bescheid ergriffene Appellation erkannte aber das K. O.A.-Gericht am 9. Januar 1800 folgendermaßen: „Es ist nun zwar das von der Implorantin nachgesuchte decretum de alienando, da keine würkliche Nothwendigkeit der Veräußerung eintritt, von Euch mit Recht verweigert worden. Nachdem jedoch die Implorantin sich eventualiter erboten hat, den Curanden, anstatt der streitigen Grundstücke, eben so viele von ihren eigenthümlichen zum Gute Rosenkranz gehörigen Ländereyen abzutreten, und jene dagegen zu ihrer eigenen Disposition an sich zu bringen; in Ansehung eines solchen Umtausches aber, wenn gleich solcher von einem Vormunde nicht eigenmächtig verfüget werden darf, die Ertheilung der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht schlechterdings auf den Fall einer eigentlichen Nothwendigkeit einzuschränken, mithin solche im gegenwärtigen Falle um so mehr zu ertheilen ist, als die Beybehaltung der in Frage kommenden Grundstücke den Pflegbefohlnen der Implorantin keinesweges für nutzbar geachtet werden kann; — als habt Ihr, mit Beyseitsetzung Eures am 29. Mai 1799 abgegebenen Bescheides, diesen von der Implorantin eventualiter vorgeschlagenen Umtausch von Obervormundschafts wegen zu genehmigen, und zu Ausfindigmachung des gleichen Werths der von derselben ihren Kindern abzutretenden Grundstücke die zu dem Ende nachgesuchte Commission zu erkennen.

XLVI. Erörterung.

Der Bau einer verfallenen Patronat-Kirche und die Vertheilung der Kirchen-Stände ist, der Regel nach, der Direction des Patroni unterworfen.

1.

Bekanntlich haben die protestantischen Reichs-Fürsten die Verwaltung der ihnen im Religions-Frieden überlassenen, und durch den Westphälischen Friedensschluß, Art. 5 und 7., bestätigten Jurium episcopalium denen vermöge der Landes-Hoheit angeordneten Consistorien anvertrauet. Die Oberaufsicht über den Bau einer neuen Kirche, und über die Vertheilung der Kirchen-Stände, gehörte indessen schon vor der Reformation nicht ursprünglich und schlechterdings zu den Bischöflichen Rechten. Schon in den catholischen Zeiten der jetzigen protestantischen Länder stand vielmehr die Administratio rerum ecclesiasticarum dem Landesherrn zu f), und obgleich es wohl von des Letzteren Gutdünken ursprünglich

f) Hertius Diss. de Superiorit. territor.
Practische Erörterung. B. 1. Erörter. 58. Seite 294.
Böhmer Jur. Paroch. Sect. 6. Cap. 1. §. 23. Jur. Eccles. Protest. T. 3. Lib. 3. Tit. 48. §. 15.
a Pufendorf T. 1. Observ. 39. et T. 4. Obs. 103.

lich abhieng; wem er die ihm solchergestalt ex imperio civili gebührende Oberaufsicht und Sorge wegen der geistlichen Gebäude anvertrauen wollte: so ward es doch von jeher für billig gehalten, den Privatpersonen, durch deren Mildthätigkeit neue Kirchen gestiftet und dotiret wurden, in monumentum pietatis exercitae, das jus patrocinii, oder, wie es gemeiniglich genennet wird, das jus patronatus zu überlassen, welches, insofern nicht besondere Gesetze oder Gewohnheiten eine Einschränkung dieserhalb begründen, ein Eigenthum der Kirche in sich begreifet, und mithin auch wohl, der Regel nach, das Recht zu der Direction des Baues der Patronat-Kirche zur Folge hat g).

2.

Die Verhältnisse und Verfassungen in Betreff des ebengedachten Gegenstandes sind jedoch nicht in allen Ländern gleich. In der Magdeburgischen Kirchen-Ordnung, Cap. 24. §. 2., ist die Aufsicht und Besorgung des Baues der Patronat-Kirchen den Patronen nur bey geringen Reparaturen überlassen. Bey Hauptbauen müssen dieselben den Superintendenten zuziehen. In den Herzoglich-Braunschweigischen Landen soll es eben so gehalten werden, und in Sachsen ist den Patronen und Superintendenten die obere Direction des Baues und der Bau-Casse conjunctim aufgetragen h). Bey dieser Verschiedenheit der Verfassung müssen die Gränzen des Patronat-Rechts in diesem Stücke vorzüglich nach den Provincial-Constitutionen beurtheilet werden.

3.

g) Hertius l. cit. §. 13. de Essen Exercit. de onere structurae aedium sacrarum. Cap. 1. §. 6.
a Pufendorf Tom. 2. Observat. 102. §. 11.
Mevius P. 3. Decis. 183.

h) Boehmer J. Eccles. Protest. T. 3. Tit. 48. §. 50. 51. 75.

3.

Was nun das Fürstenthum Lüneburg betrifft, so befiehlet zuvörderst ein von der Fürstlichen Regierung zu Zelle, wegen zeitiger Reparation der Kirchen und übrigen geistlichen Gebäude, am 13. Mai 1693 erlassenes, den 2. Mai 1701 erneuertes, und am 15. November 1704 geschärftes Ausschreiben den Superintendenten, sie sollten bey den Predigern ihrer Inspection die Verfügung thun, daß auf die Kirchen-Gebäude fleißige Aufsicht getragen werde; den Beamten wird aufgegeben, tüchtige Kirchen-Juraten, welche des Bauwesens einigermaßen kundig wären, zu bestellen; und den Visitatoribus i) ist befohlen, bey vorfallenden Bauen einen Anschlag der Kosten, nebst ihrem Berichte und Gutachten, an die Regierung einzusenden k).

Hier werden nun zwar die Kirchen-Commissarien allein als ordentliche Aufseher über die Kirchen-Gebäude aufgestellet; es erhellet aber aus neueren Verordnungen, daß den Patronen wenigstens die Mitaufsicht über das Bau-Wesen nicht entzogen seyn soll. Das Edict vom 9. November 1735., die Verbesserung der Kirchen-Intraden betreffend, enthält ausdrücklich: Es solle behuf eines vorzunehmenden Kirchen- und Capellen-Baues, oder einer Hauptreparation derselben, wenn zuvörderst von dem Superintendenten und der Gerichts-Obrigkeit jedes Orts eine genaue Untersuchung deshalb, mit Zuziehung des Kirchen-Patroni, angestellet, der Riß und Anschlag von dem Superintendenten und der Gerichts-Obrigkeit nebst Bericht und Gutachten

 dem

i) Andere Landes-Verordnungen zeigen es, daß unter der Benennung: Visitatoren, der Superintendent und der Beamte, oder die sogenannten Kirchen-Commissarien, verstanden werden.

k) Samml. Chur-Braunschweig. Landes-Ordnungen Zelleschen Theils Th. 1. Seite 931. 942. 946.

dem Consistorio eingesendet werden l). Hieraus ergiebt sich freilich, daß die unter Zuziehung des Patroni anzustellende Untersuchung: ob der neue Bau einer Patronat-Kirche erforderlich sey, und was derselbe kosten werde? der curae supremae des Consistorii untergeordnet ist; allein die Frage: ob das Consistorium berechtigt sey, die Ausrichtung des Baues einer Patronatkirche den Visitatoribus aufzutragen? bleibet dabey ganz unberühret m). Aus der in dem erwähnten Edicte ferner vorkommenden Anweisung, „daß, wenn bey Ermangelung hinlänglicher Kirchen-Mittel die Regiminal-Verfügung behuf eines subsidiarischen Beytrages zu den Baukosten erfolget seyn werde, alsdann der Beytrag von der Gerichts-Obrigkeit auf die Eingepfarrten repartiret, und das aufkommende Geld, wenn keine Gelegenheit wäre, dasselbe zinsbar unterzubringen, bis zum wirklichen Bau gerichtlich deponiret werden solle," folget nicht, daß der Patron nicht berechtiget sey, unter der Oberaufsicht des Consistorii die Direction des Baues und der Bau-Casse sich selbst anzumaßen. Es ist hier blos von der Beytreibung der Baugelder die Rede, welches Geschäft natürlicherweise der ordentlichen Obrigkeit, vermöge der ihr über die Contribuenten zukommenden Execution, oblieget. Die Ver-

l) Sammlung der Landes-Ordnungen a. a. O. Seite 728 u. f.

m) In den Monitis generalibus, §. 144 und 148., Samml. der Landes-Ordnungen a. a. O. Seite 587 u. f. wird zwar gesaget: Es müßten bey einem neuen Baue, oder einer importanten Reparation, die Contracte mit den Handwerksleuten und Lieferanten der Bau-Materialien dem Superintendenten und Amtmann zur Confirmation von den Juraten vorgeleget werden. Diese Verordnung ist aber keinesweges von solchen Kirchen zu verstehen, über welche Privatpersonen das Patronat-Recht zustehet, weil das Edict vom 12ten October 1740 deutlich besaget, daß jene Consistorial-Monita die Patronen gar nicht vinculiren, sondern blos die Administration der Königlichen Kirchen betreffen.

Verwaltung der Gelder während des Baues selbst kömmt aber dabey gar nicht in Betracht.

Andere Verordnungen, welche auf den Bau der Patronat-Kirchen besondere Beziehung haben, finden sich nicht; und da solchergestalt unsere Landesgesetze, in Betreff der Gränzen des Patronat-Rechts in diesem Stücke, keine einschränkende Ausnahme von der Regel enthalten, so sind die Patroni allerdings berechtiget, unter der Oberaufsicht des Consistorii den Bau einer neuen Kirche zu dirigiren, und die Casse darüber zu führen, wofern nicht das Consistorium das Recht hergebracht hat, diese Direction den Kirchen-Commissarien aufzutragen n).

4.

Aus der dem Kirchen-Patronen gebührenden Direction des Kirchen-Baues folget von selbst, daß ihnen auch da, wo nicht das Gegentheil hergebracht oder durch Landes-Gesetze festgestellet ist, die Vertheilung der Stühle oder Sitze in der Patronat-Kirche privative zustehet.

Letzteres fließet, so wie das Erstere, aus der Natur des Patronats, welches nichts andres ist, als das aus der Erbauung, Grün-

n) Es ist wirklich auch weder eine öconomische noch politische Bedenklichkeit erfindlich, die den Landesherrn bewogen haben mögte, dieses ganz natürlich den Patronis zustehende Recht solchen entziehen zu wollen. Die Patronen können solches mit Zuziehung der Kirchen-Juraten eben so gut, wenn nicht besser, besorgen, wie die Kirchen-Commissarien. Der Patron bleibet dem Consistorio, welches die Oberaufsicht hat, immer responsabel, und die Kirchen-Commissarien können und müssen, wenn der Patron nachlässig oder eigennützig verfährt, dieses dem Consistorio zur Anzeige bringen.

Gründung und Dotation einer Kirche entsprungene Eigenthum o), dessen Einschränkung aus besonderen Gesetzen zu erweisen seyn würde.

Die hiesigen Landes-Gesetze entziehen den Patronen die Befugniß, bey Erbauung einer Kirche die Stühle unter die Eingepfarrten zu vertheilen, so wenig, daß vielmehr in der zuerst von dem Herzoge Christian gegebenen, und nachmals von dem Herzoge Friedrich im Jahre 1643 revidirten Kirchen-Ordnung, Cap. 13. §. 23., ausdrücklich bestimmet; Es solle hinführo kein Kirchen-Stand von jemand, adelichen oder andern Standes, eingenommen, erbauet, erweitert, verrücket, verändert, verhandelt, verwechselt oder lociret werden, ohne Vorwissen und ausdrückliche Beliebung der Kirchen-Herren p) und Juraten q).

Wenn übrigens dieser Verordnung die Worte hinzugefüget sind: Oder auch, da die Sache von Importanz und Wichtigkeit ist, ohne Unseres geistlichen Consistorii Consens und Ermäßigung u. s. w., so ist dieses nur dahin zu verstehen, daß, wenn einer der Eingepfarrten, oder allenfalls die ganze Gemeinde, oder auch der Prediger, bey der von dem Kirchen-Patron mit Zuziehung der Juraten bewerkstelligten Vertheilung der Kirchen-Stände wichtige Einwendungen anzuführen hätten, die Ermäßigung des Widerspruchs dem Consistorio, als dem zu der Entscheidung der caussarum ecclesiasticarum bestelleten ordentlichen Richter, vorzulegen wäre.

5.

In solchen Fällen, wo die Kirchen-Patronen die Kirchen-Rechnungen allein abnehmen, und die Weinkaufs- oder Verhäurungs-

o) a Pufendorf Tom. 2. Observat. 102. §. 11.

p) Daß unter der Benennung Kirchen-Herren die Kirchen-Patronen verstanden sind, kann wohl nicht bezweifelt werden.

q) Sammlung der Landes-Ordnung. a. a. O. S. 125.

rungs-Gelder für die Kirchen-Stände erheben, ist das Recht der Patronen, den Kirchenbau zu dirigiren, und die Kirchen-Stände zu vertheilen, um so weniger zweifelhaft, weil jene beyden Umstände das, wiewohl eingeschränkte, aus dem Patronate herrührende Eigenthum der Kirche noch mehr bewähren. In Gemäßheit dieser Gründe erkannte das Königl. O.A.-Gericht, in Sachen des Landschafts-Directors und Abtes zu Sct. Michaelis zu Lüneburg, L. F. von Marenholz, jetzt F. E. von Bülow, wider den Anwald des Consistorii zu Hannover, wegen Vertheilung der Kirchen-Stühle in der neuerbaueten Kirche zu Nahrendorf folgendermaßen:

Wenn schon in dem Recesse vom 27. October 1655 der damalige Landesherr, Herzog Christian Ludwig, sich überhaupt das Jus episcopale, und was dem anhängig, schlechterdings vorbehalten r); alldieweilen jedoch nicht erscheinet, daß darun-

r) Dieser Entscheidungsgrund erläutert sich aus der Geschichte der vormaligen Vorrechte des Klosters Sct. Michaelis zu Lüneburg. Vor der Reformation waren die Aebte des gedachten Klosters dem Römischen Stuhle unmittelbar unterworfen, und übten sowohl über die Hauptkirche Sct. Michael in Lüneburg, als über die zu dem Kloster gehörenden 12 Landpfarren, alle geistliche Rechte, gleich den Bischöfen, aus. Ohne eine dem Bischofe zu Verden oder dem Landesherrn zu leistende Präsentation vocirten, examinirten, ordinirten und introducirten sie die Prediger, und removirten dieselben sogar. Hierbey blieb es, obgleich das Kloster in der Folge den Bischöfen von Verden untergeben ward; denn Letztere behaupteten blos die Ertheilung der Confirmation des erwählten Abtes, und späterhin das Recht, die Namens-Anzeige der designirten Prediger zu verlangen. Selbst nach der Reformation behielten die Aebte ihre vorigen geistlichen Rechte bis zu dem Jahre 1572. Damals erst wurden die Vorrechte des Klosters für unverträglich mit der Landes-Hoheit

darunter auch die Einrichtungen des Kirchen-Baues und der damit verknüpften Kirchen-Stühle begriffen gewesen, vielmehr sowohl

Hoheit angesehen. Die Aebte mußten nunmehr über die Besetzung der Pfarren mit dem Consistorio Unterhandlung pflegen, und die von ihnen erwählten Prediger zum Examen und zu der Ordinirung dem Consistorio darstellen. Die Pfarren wurden den General-Visitationen unterworfen; dagegen verblieb den Aebten aber noch immer die Introductio, rationumque, personarum, aedificiorum inspectio und das Jus primae allocutionis. Mehrere über diese veränderten Verhältnisse in der Folge der Zeit entstandene Irrungen erhielten durch einen am 14. Februar 1609 zwischen dem Abte und dem Landesherrn eingegangenen Vertrag nähere Bestimmungen. Späterhin ward endlich in dem Recesse vom 27. October 1655 wegen des Patronat-Rechts Folgendes festgesetzt:

§. 15. So viel aber in specie die bishero unstreitig ersessene Jura patronatus betrifft, mögen zwar Sr. Fürstlichen Gnaden, als Landes-Fürsten und Episcopo, die LandHofmeistere (Aebte zu Sct. Michaelis) an den hergebrachten Oerten taugliche Subjecte zu Pfarrherrn unterthänig präsentiren, ermeldetes Jus patronatus aber weiter nicht, als es sich seiner Art und Eigenschaft nach gebühret, im geringsten extendiren, sondern alle und jede also präsentirte Pastores Sr. Fürstl. Gnaden und Dero geistlichen Consistorio Inhalts der Kirchen-Ordnung, unterworfen seyn, der Vocation, Examination, Ordination, Confirmation, Introduction, Visitation, Remotion und was dem Juri Episcopali mehr anhängig ist, lediglich und allein von Sr. F. G. und dem Consistorio gewärtig seyn; allermaaßen denn solches nicht weniger von dem Pastore und Capellan zu Sct. Michaelis in Lüneburg allerdings mit zu verstehen, und hinführo der LandHöfmeister an deren Bestellungen mehr nichts, denn blos das Jus praesentandi, haben; sie, die Priestere zu Sct. Michaelis auch, gleich allen andern auf dem Lande, bey währendem ihrem Dienste, sich nach Sr. F. G. Kirchen-Ordnung und

sowohl die alleinige Abnahme der Kirchen-Rechnungen, als auch die Aufnahme der Weinkaufs-Gelder dem Patrono bis jetzt verbleiben; Als ist Unser Consistorium keinesweges befugt gewesen, durch die Kirchen-Visitatoren solches ausrichten zu lassen; sondern es hat selbiges hinführo die gänzliche Baueinrichtung, sofern sie aus dem Kirchen-Aerario zu bestreiten stehet, sowohl als die Vertheilung der Kirchen-Stühle, dem Imploraten schlechterdings alleine zu überlassen; Wobey es sich jedoch von selbst verstehet, daß Implorant die Unserer Landes-Regierung zustehende Oberaufsicht anzuerkennen habe.

und Deroselben Consistorio Anordnungen, Geboth und Verboth, ohne einige Reflection auf das Ministerium, oder den Rath zu Lüneburg, lediglich achten und halten sollen.

§. 19. In allem Uebrigen bleibet, mehr hochernannt Sr. F. G., die Ihro zustehende Landes-Fürstliche Hoch- und Ober-Bothmäßigkeit, sammt dem Jure Episcopali hiemit kräftiglich reserviret und vorbehalten, und soll demselbigen durch diese oder künftige Verordnungen nichts derogiret oder abgebrochen seyn, oder werden.

Joh. Lud. Gebhardi Diss. de re literaria Coenobii Sct. Michael. in Urbe Luneburg. 1755.

Zu den Ueberbleibseln der vorigen weitausgedehnten Vorrechte des Klosters Sct. Michael gehöret es, daß noch gegenwärtig der zeitige Abt, der, als erster Prälat, zugleich Director der Lüneburgischen Landschaft ist, eine Bischofsmütze in seinem Wappen hat, das Prädicat eines Herrn vom Hause Sct. Michaelis führet, und sich in Lehnbriefen und andern dergleichen Ausfertigungen, des eminenten Titels: Wir von Gottes Gnaden u. s. w., bedienet.

XLVII. Erörterung.

Die Dorfshirten sind nicht als Häuslinge anzusehen, und entrichten mithin kein Schutz- und Dienstgeld, wenn kein besonderes Herkommen sie dazu verpflichtet.

Es sind zwar die Dorfshirten und Häuslinge, in Absicht des Viehschatzes und der Contribution vom Viehe, einander völlig gleich gestellt; es sind ferner gemeinschaftliche Häuslings- und Hirten-Catastra vorgeschrieben s), und in den Quartalsteuer-Beschreibungen pflegen beyde unter einer Rubrik aufgeführet zu werden. Daraus, daß die Hirten und Häuslinge in eine Classe gestellt sind, scheint also zu folgen, daß die erstern, gleich den letztern, zur Entrichtung des Schutz- und Dienstgeldes verpflichtet sind.

Im Fürstenthume Lüneburg müssen alle Häusler oder Einlieger dem Gutsherrn, auf dessen Höfen sie wohnen, das Dienstgeld und dem Gerichtsherrn, für den obrigkeitlichen Schutz, als einen Jurisdictions-Genuß, den Schutzthaler ent-

s) Corp. Const. Luneb. Cap. VI.

richten. Ersteres war schon in der Policey-Ordnung t) einem jeden Gutsherrn zugesichert; die Erhebung des Schatzgelges aber war in ältern Zeiten ein ausschließliches Recht des Landesherrn u), bis in dem Landtags-Abschiede x) vom 20 Jul. 1695 auch die Erhebung des Schutzgeldes denen vom Adel überlassen worden ist, welche hohe oder niedere Gerichte hergebracht haben.

Indessen sind dennoch die Dorfshirten wohl eigentlich nicht den Häuslingen, sondern vielmehr den Dienstboten beyzuzählen y), welche bekanntlich keiner Wohnungserlaubniß von der Gerichts- und Gutsherrschaft bedürfen, und mithin sind solche auch, den Landesgesetzen zu Folge, nicht verbunden, Schutz- und Dienstgeld zu erlegen. Denn

Erstlich ist der Begriff, welchen die Landesgesetze mit der Benennung Häusling verbinden, auf die Dorfshirten nicht zutreffend. Jene werden in der Policey-Ordnung Cap. 50. als Tagelöhner, herrenlose ledige Knechte und Mägde beschrieben, und dem um ordentlichen Lohn dienenden Gesinde ausdrücklich entgegen gesetzt. Nach dem Ausschreiben vom 21. May 1656 z) sind die Häuslinge solche Personen, welche sich der haussitzenden Leute Diensten entziehen, und auf ihre ei-

 gene

t) Cap. 50. §. 4.

u) Strube de jur. villic. Cap. V. §. 13.

x) in Corp. Const. Luneb. C. IX. S. 49 ff.

y) Klingners Samml. z. Dorf- und Bauern-Rechte. Th. 2. S. 246 und 864. Gabkens Grundsätze des Dorf- und Bauern-Rechtes. §. 524.

z) in Corp. C. L. C. V. p. 101.

gene Hand leben. Die Verordnung vom 30. Oct. 1685 a) macht die Eigenschaft bey Auflage des Schutzgeldes zur Bedingung, und setzt das Kennzeichen eines Häuslings darin: daß sie auf eigene Hand und Gewerbe sitzen. Hiermit stimmen auch das Ausschreiben vom 14. Sept. 1716, und das Regierungs-Rescript vom 25. April 1729 b) vollkommen überein. In keiner dieser Verordnungen wird eines von Hirten zu entrichtenden Schutz- oder Dienstgeldes gedacht; vielmehr werden die letztern, da sie bey den Hauswirthen dienen, und kein besonderes Gewerbe treiben, ausdrücklich von den Häuslingen unterschieden, und nur die Ehefrauen der Hirten — denn diese dienen nicht — treiben also ihr eigenes Gewerbe, und qualificiren sich zu einer Häuslerin, mit der Hälfte des Schutz- und Dienstgeldes angesetzt und belegt c).

Zweitens sind bey der Aufnahme der Häuslinge gewisse Puncte vorgeschrieben d), welche bey den Hirten wegfallen, die, gleich andern Dienstboten, angenommen und entlassen werden. Jene sitzen auf eigene Hand, treiben ein eigenes Gewerbe, und es stehet den Gutsherren frei, ob sie auf ihren Höfen Häuslinge dulden wollen, oder nicht; diese hingegen dependiren von der Gemeinde, werden von derselben angenommen, unterhalten und verabschiedet. Es bedürfen daher die Hirten nicht mehr eines Schutzes, einer Vergünstigung des Gerichts- und Gutsherrn, als die Dienstboten eines jeden einzelnen Hauswirthes.

Drit-

a) in C. C. L. Cap. V. p. 105.

b) in C. C. L. Cap. V. p. 117 seq.

c) C. C. L. C. V. p. 117.

d) Policey-Ordn. Cap. 50. Ausschreiben v. 30. Oct. 1685. in C. C. L. C. IV. pag. 1162 seqq.

Drittens, die Gleichheit der Häuslinge und Hirten, in Absicht der öffentlichen Landes-Anlagen, an Viehschatz und Vieh-contribution, lassen keinen Folgeschluß auf die davon ganz verschiedenen Personal-Abgaben, des Schutz- und Dienstgeldes, zu. Jene gehören ad onera publica, diese aber empfängt der Guts- und Gerichtsherr. Die Dienstboten, insonderheit die Hirten der einzelnen Hauswirthe, müssen, wenn sie Vieh halten, jene öffentlichen Abgiften von dem Gebrauche der contribuablen gemeinen Weide bezahlen e); aber Niemand wird solchen Dienstboten Schutz- und Dienstgeld abfordern.

Viertens, wenn gleich gemeinschaftliche Häuslings- und Hirten-Catastra vorgeschrieben sind, und bey der Quartal-Steuer-Beschreibung beyde unter eine Rubrik gebracht werden, so kann doch daraus wohl überall nicht gefolgert werden, daß sie zu allen Abgaben gleich verpflichtet sind. Die erstern haben einen ganz andern Zweck, und in der Verordnung vom 8. Aug. 1794, wegen der Gehülfs-Steuern im Fürstenthum Lüneburg, sind weder Hirten noch Häuslinge besonders genannt. Man kann sie nur unter den, Sect. IV. der erwähnten Verordnung genannten Personen suchen, von welchen man aber gewiß niemals das Schutz- und Dienstgeld einfordert.

Wenn demnach die Guts- und Gerichtsherrschaft durch kein besonderes, jedesmal zu erweisendes Herkommen berechtigt ist, von den Hirten Schutz- und Dienstgeld zu fordern, so sind die letztern auch zu dessen Erlegung nicht verpflichtet, und ist diesem gemäß im October 1796 von der Zelleschen Justiz-Canzley, in S. der Eingesessenen zu Restau g. den Geheimenrath Grote auf Breese, in pto. Schutz- und Dienstgeldes der Dorfshirten, erkannt worden.

e) Polizey-Ordn. Cap. 45. Verordn. vom 1. März 1709. in C. C. L. C. IV. p. 971.

XLVIII.

XLVIII. Erörterung.

Ueber die Prodigalitäts-Erklärung.

1.

Prodigi, unnütze Verschwender ihrer Güter, oder, wie sie in Holland heißen: Stadts-Kinder f), sind, nach dem Sinne der hierüber redenden Gesetze, solche Menschen, qui neque finem, neque modum expensarum habent, sed bona sua dilapidando et dissipando profundunt, et quoad bona furiosum faciunt exitum g).

2.

Diesen, den furiosis gleichgeschätzten Menschen, wurde schon nach dem älteren Römischen Rechte, per solemnem interdictio-

f) Vinnius Jurispr. Controv. L. 1. Cap. 14.

g) Le 1. Dig de Curat. furios. L. 12. §. ult. de Tut. et Curat. dat.
Lauterbach Coll. Th. Pract. L. 27. Tit. 10. §. 21.

dictionem bonorum, nach der beym Paullo Recept. Sent. L. 5. Tit. 4. §. 7. befindlichen Formel h), die Verwaltung ihres Vermögens genommen, und nach Anleitung der Gesetze der zwölf Tafeln standen sie nachher unter der Cura legitima der nächsten Verwandten i). Späterhin wurde aber diese Cura legitima in eine dativam verwandelt, so daß der ordentliche Richter von Amtswegen, auch unaufgefordert, den Verschwendern, so wie ihres Verstandes beraubten Personen, einen Curator zuordnete k).

3.

Diese späteren Verordnungen des Römischen Rechts sind nicht aufgehoben; verschiedene vaterländische Statuten bestätigen den Inhalt derselben sogar ausdrücklich l), und sie gelten daher unstreitig noch bey uns m). Daß ihr Gebrauch jetzt minder häufig ist, liegt wohl mehr an dem Mangel der gehörigen Achtsamkeit von Seiten der Obrigkeit, als daran, daß die Verschwender seltener sind n).

Hin und wieder kommen indessen jene Gesetze auch in gegenwärtigen Zeiten zur Anwendung, wie dieses unter anderen die, im

h) §. 3. Inst. de Curat. L. fin. §. 2. Cod. de sent. pass.

i) §. 3. Inst. de Curat.

k) §. 3. Inst. cit. L. 1. pr. Dig de Curat. furios. L. 11 et §. 1. Dig. de Tutor. dat.

l) Jus Stat. Lubec. Lib. 1. Tit. 7.
Stat. Hamburg. P. 3. Tit. 6. Art. 11.
Zellesches Stadtrecht, Tit. 20. §. 24 ff.

m) Huber ad Dig. Tit. de Curat. furios. Nr. 2.
Leyser Spec. 349. Medit. 2.
Faber in Cod. L. 5. Tit. 40. Def. 7.

n) Stryk Us. Mod. Tit. de Curat. furios. §. 1.

im Jahre 1764, dem von Campen zu Kirchberg, von der Justiz-Canzley zu Wolfenbüttel zugeordnete und bey dem K. und R. Cammer-Gerichte zu Wetzlar bestätigte Curatel, wegen Verschwendung, beweiset o).

4.

Der Grund, weshalb den Verschwendern Curatoren zugeordnet werden, lieget nicht blos in dem Privatinteresse ihrer nächsten Angehörigen und Verwandten, sondern vorzüglich mit in der Beförderung und Erhaltung des allgemeinen Wohls. Zwar lautet die alt-römische Formel, wodurch jemand für einen Verschwender erkläret ward, blos dahin: Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico p).

Da jedoch das große Interesse, welches der Staat dabey hat, daß niemand von seinem Vermögen einen Mißbrauch machet, unverkennbar, und durch deutliche Gesetze bestätiget ist q); so

o) Cramer Wetzlarsche Nebenstunden, Th. 56. Abhandl. 3.

p) Paullus Recept. Sent. Lib. 3. Cap. 4.

q) §. 2. Inst. de his, qui sui vel alieni juris sunt. Reipublicae interest, neminem re sua male abuti. Sehr zutreffend schreibt Lauterbach Coll. Th. Pr. Tit. de Curat. furiof. §. 26.: Prodigi similes sunt ficubus in loco praecipiti natis, quarum fructibus vescuntur non homines, sed vultures et corvi, sic et horum bona accipiunt plerumque Reipubl. pestes. Et licet quisque sit rei suae moderator et arbiter, in jure tamen nostro non est novum, interdici alicui rebus suis propter abusum.

so leidet es keinen Zweifel, daß, auch ohne ausdrückliches Verlangen der Angehörigen und Verwandten, ein Richter, selbst von Amts wegen, jemanden für einen Verschwender erklären kann; ja es ist sogar die gerichtliche Anzeige einer wahren Prodigalität, in gewissem Betracht, als eine Actio popularis anzusehen r).

5.

Dem Richter stehet es jedoch nicht frei, jemanden ganz willkürlich für einen Verschwender zu erklären, vielmehr ist dabey die gesetzmäßige Sorgfalt zu beobachten. Der angebliche Verschwender selbst muß vorgängig vorgefordert, und dessen Freunde, Verwandte, Nachbarn, so wie überhaupt alle, denen die Sache angehet, und welche von derselben Kenntniß haben, müssen vernommen werden s). Eine nur ganz im Allgemeinen geäußerte Ueberzeugung, daß jemand ein Verschwender sey, entscheidet nichts. Die Vorgeforderten müssen besondere Actus prodigalitatis einzeugen, und den Grund ihrer Wissenschaft angeben, damit der Richter darüber selbst urtheilen kann. Daß aber die über die Lebens-Verhältnisse des Verschwenders zu vernehmenden Bekannten,

r) Stryk et Lauterbach l. c.

s) L. 47. pr. Dig. de re judic. L, 39. Dig. de adopt.
Dieses ist nicht erforderlich, wenn der Vater in seinem Testamente den Sohn für einen Verschwender erklärt. In einem solchen Falle bleibt der Richter bey dem Inhalte des Testamentes stehen, und confirmiret den darin bestimmten Curator simpliciter. L. 16. §. 1 et 3. Dig. de Curat. furios. Es wird jedoch hierbey vorausgesetzet, daß die väterliche Prodigalitäts-Erklärung hinlänglichen Grund hat; denn ist dieses nicht, so fällt die ganze Disposition weg. d. l. 16. §. 3. ibi. et Arg. L. 10. Dig. de confirm. tut. vel curat.

ten, Nachbarn und Angehörigen, wenn sie von ganz kundbaren Dingen aussagen, und übrigens keine besondere Verdachts-Gründe gegen ihre Depositionen eintreten, immer gerade eidlich zu vernehmen sind, ist nicht unbedingt erforderlich. Theils sind jene Leute in solchen größtentheils officiellen, und blos summarischen Untersuchungen nicht als eigentliche Beweiszeugen zu betrachten; theils halten sogar mehrere Rechtslehrer dafür, daß in casu notoriae prodigalitatis nicht einst eine causae cognitio erforderlich sey t). Da übrigens die Gränzen einer eigentlichen Prodigalität durch Gesetze nicht genau bestimmt sind, auch der Natur der Sache nach nicht wohl allgemein passend angegeben werden können; so bleibt bey der Beurtheilung der Frage: ob jemand ein wahrer Verschwender sey, oder nicht? dem richterlichen Ermessen vieles überlassen. Es muß dieses Ermessen durch eine strenge Gewissenhaftigkeit im Allgemeinen, und durch eine sorgfältige, kluge Rücksicht auf den Stand, die Verhältnisse, die Vermögens-Umstände u. s. w. des angeblichen Verschwenders, in jedem einzelnen vorkommenden Falle geleitet werden.

6.

Diese Rechtsgrundsätze kamen neuerlich bey dem folgenden Falle zur Anwendung. Claus Rehder, ein Landmann zu Steinkirchen im AltenLande, führte eine schlechte Hauswirthschaft, und lebte mit seiner Frau so in Mißhelligkeiten, daß dadurch im Jahre 1797 eine Untersuchung veranlasset ward, und daß die bis dahin, nach dem dortigen Landes-Gebrauche, unter beiden Eheleuten bestandene Güter-Gemeinschaft durch

t) Stryk l. c. Faber in Cod. Lib. 5. Tit. 40. def. 7. Mevius ad Jus Lubec. L. 1. Tit. 7. Artic. 6. Nr. 31.

durch einen gerichtlich bestätigten Contract aufgehoben ward. Ungefähr nach Verlauf eines Jahres, zeigte der Curator der Ehefrau dem Gräfen-Gerichte zu York an, daß bey der immer sich verschlimmernden Lebensart und Wirthschaft des Rehder eine baldige gänzliche Verschleuderung des ihm übrig gebliebenen Vermögens zu besorgen sey. Das Gericht ließ darauf sowohl R. selbst, als mehrere seiner Verwandten und Nachbarn vorladen. Ersterer gestand ein, daß er dem Trunke ergeben sey, daß er sich häufig in den Wirthshäusern aufhalte, und daß er verschiedenes von seinem Vermögen verkaufet habe.

Letztere bezeugten einstimmig, jedoch ohne daß sie den Zeugen-Eyd abgeleaet hatten, daß R. beynahe ununterbrochen ganze Tage und Nächte in den Schenken zubringe und daselbst beträchtliche Schulden mache; daß er sich mit seiner Wirthschaft gar nicht beschäftige; und daß er nicht allein Grundstücke, sondern auch Fruchtbäume aus seinem Garten, die Befriedigung und das Steinpflaster von seinem Hofe, ja sogar einzelne Theile seines Wohnhauses verkaufe. Obgleich nun R. sich darauf bezog, daß er, nach aufgehobener Güter-Gemeinschaft, mit seinem Vermögen schalten und walten könne, wie er wolle, er auch ferner vorschützte, daß er die Absicht habe, seine noch übrigen Güter gänzlich zu verkaufen, mit dem Gelde nach Hamburg zu gehen, dort zu bleiben, und dem Lande nie zur Last zu fallen; so fand sich das Gericht doch bewogen, dem verschwenderischen Manne einen Curator in der Person eines der nächsten Anverwandten zuzuordnen. Das Hof-Gericht zu Stade bestätigte diese Verfügung, und als R. demnächst an das K. O.A.-Gericht appellirte, ward die Appellation, am 5ten April 1799, durch folgenden Bescheid zurückgewiesen:

„Nachdem, aus allen vorgekommenen Umständen, die dem Imploranten beygemessene üble und verschwenderische Lebensart hinlänglich erhellet; die vom Unserem Gräfen-Gerichte zum Jork dieserhalb getroffene richterliche Verfügung auch durch den vom Imploranten geäußerten Vorsatz, sich ausserhalb Landes begeben zu wollen, nicht aufgehoben werden kann; so findet das angebrachte Gesuch nicht Statt."

XLIX.

XLIX. Erörterung.

Ob und in wie fern ein Begüterter auf seinen adlichen Sitzen und Vorwerken Krugwirthschaft anzulegen und Concessionen zum Brannteweinsschank und Hokenhandel zu ertheilen berechtigt ist?

Nach den Grundsätzen der neuern Rechtslehrer u) gehört das Recht, offene Krüge und Wirthshäuser zu halten, wo Jedermann einkehren, Bier, Branntewein und andere dergleichen Bedürfnisse erhalten kann, nicht mehr zu den Gegenständen freier Willkühr. Zur Anlegung derselben wird vielmehr entweder eine besondere Concession des Landesherrn, oder die Competenz der völligen niedern Gerichtsbarkeit erfordert. Es ist daher bey den hiesigen höhern Gerichten der Grundsatz angenommen, daß die

u) Runde deutsches Privatrecht §. 417. von Quistorp rechtl. Bemerk. Th. 1. Nr. 80. Schmidts Abhandl. verschiedener pract. Rechtsmaterien. B. 1. Nr. 16. Scheid de jure erigendi cauponas §. 12.

die Krug- und Schankgerechtigkeits-Verleihung als ein annexum der völligen niedern Gerichtsbarkeit, womit die Policeyaufsicht über das Krug- oder Gasthaus verbunden ist, zu betrachten, mit der bloßen Gutsherrschaft aber nicht verbunden sey x). Diesem gemäß ist von der Zelleschen Canzley am 25. Aug. 1788 erkannt in S. Anwaldes des Amts Bodenteich gegen das adliche von Wenksternsche Gut Colborn, modo den von Wenksternschen Curator Eden, welches Erkenntniß darauf vom höchsten Tribunale, mittelst Bescheides vom 25. Jan. 1789, lediglich bestätigt wurde.

Die bloße Canzleysässigkeit eines Gutes oder Vorwerks begründet niemals die Befugniß zur Anlegung eines offenen Kruges. Denn auf einem blos canzleysässigen Hofe, welcher mit der völligen Niederngerichtsbarkeit nicht versehen ist, stehet dem Landesherrn die Policeygewalt zu. Die Ausübung der zu derselben gehörigen Rechte und Gegenstände ist von der Rechtspflege abgesondert, und den Canzleyen und Hofgerichten nicht mit aufgetragen; vielmehr werden die zur Polizeygewalt gehörigen Sachen von den Aemtern, unter der Oberdirection der Landesregierung, besorgt. Insbesondere gehören aber an solchen Orten die Krugnahrungs-Concessionen zum Ressort der Renntcammer, welche die Aufsicht über die Krüge und Wirthshäuser den Aemtern gleichfalls übertragen hat. Es kann also der Besitzer eines zwar canzleysäßigen, aber mit den niedern Gerichten nicht versehenen Hofes, Niemanden verstatten, auch nur auf eine beschränkte Weise,

x) Es kann daher ein Begüterter vom Adel, welchem blos die Pfalgerichtsbarkeit zustehet, weil damit überall keine Policeygewalt verbunden ist, seinen Pfalgerichtsleuten keine Krugconcession ertheilen. Hiernach hat die Zellesche Justiz-Canzley am 24. Febr. 1789 erkannt in S. Anwaldes des Amts Wustrow c. den von Dannenberg in Lüchow.

Weise, z. B. blos an die auf dem adlichen Hofe wohnenden Häuslinge und deren Familien, Bier, Branntewein und Victualien zu verkaufen. Ist an dem Orte kein concessionirter Amts-Krüger vorhanden, so kann in einem solchen Falle die Renntcammer, oder das deren Stelle vertretende Amt, den Concedenten, welcher durch die Krugnahrungsverleihung einen unbefugten Eingriff in die Landesherrliche Policeygewalt gethan hat, mit der Negatorienklage zur Zurücknahme derselben im Wege Rechtens anhalten. Wohnt aber an dem Orte schon ein concessionirter Amts-Krüger, so hat derselbe unstreitig ein Widerspruchsrecht, ein jus prohibendi, gegen die unbefugter Weise ertheilte Schank- und Krugnahrungs-Concession; weil er, selbst wenn der Bier- und Brannteweinsschank nur auf eine eingeschränkte Art einem andern erlaubt ist, immer einen Theil seiner Nahrung an dem Orte verliehren würde. Aus diesem Grunde kann derselbe auch die Renntcammer, als seinen Concedenten, zur Vortretung auffordern. Auf ein Bannrecht y) über den adlichen oder canzleysässigen Hof kommt hierbey nichts an. Denn ein solches jus bannarium, wodurch die Käufer gezwungen werden, nur von dem concessionirten Amtskrüger Bier und Branntewein zu nehmen, hat derselbe, wenigstens in der Regel, auch nicht über die Dorfseinwohner, welchen es freistehet, zur eigenen Consumtion Bier und Branntewein an andern einheimischen Orten einzukaufen. Aber davon ist das Einnehmen von Bier und Branntewein zum feilen Verkauf an Jedermann, oder an einzelne Personen und Familien, gänzlich verschieden. Hierzu ist Niemand ohne erhaltene Concession desjenigen befugt, der an dem Orte die Policeygewalt hat.

In Absicht des Hoken- und Victualienhandels giebt die Verordnung z) vom 3ten May 1695 zwar nur den Krämern und

y) Danz Handb. des deutschen Privatrechts. §. 277.

z) in corp. Const. Luneb. Cap. 4. p. 182.

und Hökern in den Städten und Flecken ein Recht des Widerspruchs, wenn Jemand an einem nicht wenigstens drey Meilen entfernten Orte mit Fett- oder Hökerwaaren handeln will. Die Höker werden den Handwerkern beygezählt, und man rechnet den Hokenhandel ganz vorzüglich zu den städtischen Gewerben a). Aber wenn nun auch die Städter zu diesem Handel schweigen, oder der Entfernung wegen gar kein Widerspruchsrecht haben, so folgt hieraus noch keineswegs die Berechtigung derer vom Adel, ihren Gutsleuten oder Häuslingen auch nur eine eingeschränkte Krämerei, oder den Hokenhandel, auf ihren adlichen oder canzleysässigen Sitzen zu verstatten. Der Hokenhandel, gehört gleich der Krugnahrung, unter die besondere Policeyaufsicht der Ortsobrigkeit b), und die Erlaubniß zum Victualienhandel kann mithin nur von demjenigen gültig ertheilt werden, der an dem Orte die Policeygewalt hat. Hieraus folgt denn von selbst, daß dergleichen Concessionen zum Hoken- und Victualienhandel von dem Besitzer eines canzleysässigen, aber mit keiner Policeygewalt versehenen adlichen Hofes, nicht ertheilet werden können, und daß solche, wenn es geschehen ist, als ein Eingriff in die landesherrlichen Policeyrechte, wieder zurückgenommen werden müssen. Nach diesen Grundsätzen ist von der Justiz-Canzley zu Zelle im October 1792 erkannt in S. Anwaldes der Amtsvoigtey Eicklingen wider den Landdrosten von dem Busche in pto. des Kruges zu Flettmar.

a) Danz a. a. O. §. 456 und 457. Westphal deutsches Privatrecht. Th. 1. Abhandl. 9. Eisenharts Anleitung zum Stadt- und Bürgerrechte. §. 195 ff.

b) Zell. Polizey-Ordn. Cap. 16. und §. 53. in corp Const. Luneb. Cap 4. p. 41.

L.

L. Erörterung.

Ein Gemeinschuldner, über dessen Lehn- oder Fideicommiß-Güter ein Concurs entstanden ist, muß die von dem Güterpfleger darüber geschlossenen Pachtcontracte aushalten, wenn er gleich den Concurs vor Ablauf der Pachtzeit sistirt und aufhebt.

Es ist eine bekannte Sache, daß der Gemeinschuldner sich durch wirkliche Bezahlung seiner Gläubiger von dem wider ihn verhängten Concurse gänzlich frei machen, und selbst die den Gläubigern abgetretenen Güter, wenn sie noch nicht verkauft worden sind, zurücknehmen kann c). Durch einen über das Allodial- und Lehnvermögen zugleich entstandenen Concurs werden die Gläubiger auch nicht Eigenthümer d) der verschuldeten Lehn- oder

c) L. 3. D. de cessione bonor. L. 11. §. 1. D. de pignor. Cramer Obs. jur. univ. Tom. III. Obs. 829.

d) Ober-Appellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 15. §. 25 ff. Zell. HofGerichts-Ordn. P. III. Tit. 3. §. 11.

oder Fideicommiß-Güter, und der Gemeinschuldner verliehrt durch den Eintritt des Concurses nicht alles Dispositionsrecht e) an denselben; vielmehr dauern die Rechte der Gläubiger an den Nutzungen und Früchten derselben nur so lange, als noch einer der Creditoren unbefriedigt ist. Es scheint daher, daß der in Concurs gefallene Besitzer solcher Güter die darüber von dem Güterpfleger geschlossenen Pachtcontracte darum nicht auszuhalten schuldig sey, weil die Rechte der Gläubiger, sobald sie befriedigt sind, aufhören, und sodann ein jeder Contract sich von selbst endigt, wenn die Rechte des Vermiethers erloschen sind f).

Demungeachtet muß aber der Gemeinschuldner die vor der wirklichen Befriedigung seiner Gläubiger von dem Güterpfleger geschlossenen Pachtcontracte erfüllen und aushalten. Sobald der Richter die Gläubiger zu ihrer Sicherheit und bestmöglichsten Befriedigung in den Genuß solcher Güterrevenüen setzt, hört alle eigene Thätigkeit des Gemeinschuldners, in Rücksicht seines Vermögens, auf, und der angeordnete Güterpfleger übernimmt die Verwaltung desselben. Dieser administrirt alsdann das schuldnersche Vermögen zum Vortheil der Gläubiger, und da Lehn- und Fideicommiß-Güter nur zu dem eingeschränkten Vermögen des Schuldners gehören, so können auch die Gläubiger blos über die Früchte derselben, durch eine Verpachtung oder Administration, zu ihrer Befriedigung disponiren. Sie sind hierbey als Verwalter eines fremden Vermögens zu ihrem eigenen Besten, und als des Gemeinschuldners eigentliche Bevollmächtigte anzusehen g). Aus diesem Grunde sind sie schuldig, die von dem Gemein-

e) Dabelow Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger §. 36.

f) Westphals Lehre vom Kauf, Mieth- und Pacht-Contracte. §. 1027 ff.

g) Dabelow a. a. O. Gmelin vom materiellen Concurse der Gläubiger. §. 6.

meinschuldner, vor Eröffnung des förmlichen Concursprocesses, ohne betrügerische Absicht über die Güter abgeschlossenen Pachtcontracte zu erfüllen h), und auf gleiche Weise ist mithin auch der Gemeinschuldner verbunden, die von den Gläubigern oder dem deren Stelle vertretenden Güterpflegern, unter Auctorität des Concursgerichts, gerichtlich oder privatim, abgeschlossenen Mieth- und Pachtcontracte auszuhalten, wenn er gleich vor Ablauf der Pachtjahre den ganzen Concurs zu hemmen im Stande ist i). Denn wollte der Gemeinschuldner einen solchen Contract nicht erfüllen, so sind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Gewährsleistung verbunden, sondern derselbe ist berechtigt, sich an den Schuldner, in dessen Namen die Lehn- oder Fideiconimiß-Güter eigentlich verpachtet werden, der Entschädigung wegen, zu halten, insofern in Rücksicht der Gläubiger nicht etwa ein besonderer Grund zur Evictionsleistung eintritt k). Der Gemeinschuldner würde also, wenn er auch an den Pachtcontract nicht gebunden wäre, durch die Aufhebung desselben fast niemals einen bedeutenden Vortheil zu hoffen haben. Auf der andern Seite aber könnten die Gläu-

 biger,

h) L. 8. §. 1. D. de reb. auct. judic. possidendis. Boehmer de jure circa conduct. orto adversus conductor. concursu creditor. §. 1. in *elect. jur. univ.* Tom. 1. p. 364. Dabelow a. a. O. §. 45. 49 ff.

i) De tempore locationis nihil Praetor locutus est, et ideo liberum arbitrium creditoribus datum videtur, *quanto tempore locent.* L. 8. §. 3. cit. Ueberhaupt aber lassen sich die Grundsätze, welche von der Aufhebung des Pfandrechtes gelten, — Westphal vom Pfandrechte, Cap. 9. — auf die Aufhebung eines förmlichen Concursprocesses nicht so schlechterdings anwenden; weil die Würkungen eines bloßen Pfandcontracts von den Würkungen eines allgemeinen Concurses sich sehr unterscheiden.

k) Dabelow a. a. O. §. 36. am Ende.

biger, welchen doch das Verpachtungsrecht während des Concurses unstreitig zukömmt, dabey sehr verliehren. Sie können es niemals vorher wissen, ob und wann der Gemeinschuldner Gelegenheit haben wird, durch ein anderwärts zu machendes Anlehn, oder durch die Reception der Güter in das Credit-institut, oder auf andere Weise, seine Schulden zu bezahlen, und damit den bisherigen Concursproceß zu sistiren. Bey der Ungewißheit also, ob der Schuldner, während der Pachtjahre, nicht etwa im Stande seyn möchte, durch eine Abfindung der Gläubiger, die Aufhebung des Concurses zu bewürken, dürfte es den Creditoren oftmals erschweret werden, einen tüchtigen Pächter zu finden; denn auf eine so unsichere Pachtübernahme möchte sich wohl kein vernünftiger und vorsichtiger Oekonom leicht einlassen. Dagegen kann sich aber der Schuldner selbst weit eher sichern. Er kann und muß es vorher wissen, ob er im Stande ist, die Güter, durch Bezahlung der Schulden, wieder anzunehmen. Ist er nun davon versichert, so darf er solches nur dem Concursgerichte zeitig anmelden, und bitten, daß die anderweite Verpachtung auf die kürzeste Stellungszeit geschehe, oder etwa nur auf e i n Jahr eingeschränkt oder verlängert werde. Können dann die Zahlungsmittel von ihm zugleich bescheinigt werden, und beruhen sie nicht etwa, wie es zuweilen der Fall ist, in leeren Hoffnungen und eingebildeten Erwartungen, so ist das Gericht verbunden, bey einer vorzunehmenden Verpachtung darauf Rücksicht zu nehmen. Nach diesen Grundsätzen ist vom Tribunale am 1. May 1799 erkannt in S. von Berlepsch w. Großcurth in pto. Räumung des Gutes.

LI.

LI. Erörterung.

In dem Fürstenthume Lüneburg sind die Häuslinge, welche innerhalb des Hofsbezirks eines mit keiner Gerichtsbarkeit versehenen adelichen Guts wohnen, in Civil-Sachen nicht der Gerichtsbarkeit des Amts, in dessen Districte das Gut belegen ist, unterworfen, sondern es stehen dieselben unter dem Gerichtsstande des Gutsbesitzers.

1.

Die Lehre von der Gerichtsbarkeit in Deutschland läßt sich nicht aus Römischen Gesetzen beurtheilen, weil die Staats- und Gerichtsverfassung der Römer, sowohl von derjenigen, welche vormals in Deutschland galt, als von der unsrigen, durchaus verschieden ist [1]). Eben so sehr würde man jedoch auf Abwege gera-

1) a Pufendorf Tract. de Jurisdict. Germ. P. 1. Cap. 11. §. 3. 4.
Ludolf P. 1. Observat. 108. Mevius P. 4. Dec. 290. Nr. 7. und Thomasius in Diss. de Jurisdict. et Magistrat. diffe-

gerathen, wenn man die Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen wegen der Gerichtsbarkeit, aus der Verfassung und den Verhältnissen Deutschlands im Mittelalter, oder in noch früheren Zeiten, unbedingt herleiten wollte.

Seit der durch den Landfrieden in Deutschland hergestellten Ruhe und Ordnung, und nachdem die vormals so oft ins Gedränge gekommene Ober-Bothmäßigkeit der Reichsstände in ihren Landen durch den Westphälischen Friedens-Schluß vollends befestiget ward, ist mit der Deutschen Landes-Verfassung überhaupt, und mit der Gerichtsbarkeit insbesondere, eine wesentliche Veränderung vorgegangen, welche aus dem, nach den Grundsätzen des allgemeinen Staats-Rechts geordneten eigentlichen Wesen des Summi imperii, oder der Landeshoheit, von selbst folgte. Es kann daher das Verhältniß und der Umfang der Gerichtsbarkeiten jetziger Zeit nur aus Verträgen, Verwilligungen und aus der Observanz richtig beurtheilet werden.

2.

Die in dem Fürstenthume Lüneburg geltenden Landes-Gesetze enthalten zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die auf den Höfen solcher adelichen Güter, welche mit keiner Gerichtsbarkeit versehen sind, wohnenden Häuslinge der Jurisdiction der Aemter nicht unterworfen seyn sollen. Per indirectum ist indessen dieses aus dem Inhalte jener Gesetze allerdings zu folgern.

Durch die im Jahre 1682 von dem Herzoge Georg Wilhelm dem Dannenbergischen Adel ertheilte Resolution, welche der

different. secund. mores German. Th. 33, welcher über die Anwendung Römischer Gesetze auf die Lehre von der Deutschen Gerichtsbarkeit sehr kräftig sagt: quod aeque absurdum sit, ac si lanam ab asino quaerere velis.

der 1686 den Lüneburgischen Ständen gegebenen Landesresolution wörtlich eingerücket ist, werden §. 5 die herrschaftlichen Aemter berechtiget: diejenigen, welche auf den adelichen Sitzen, Vorwerken und Schäfereien, entweder in des Adels Diensten sind, oder sich sonst auf denselben aufhalten, durch Subsidialen an sich zu bescheiden, und die Gutsbesitzer sind schuldig erkläret, dieselben unweigerlich an die Aemter folgen zu lassen m). Hieraus scheinet beym ersten Anblicke zu folgen: daß diejenigen, welche auf dem Gute sich aufhalten (die Häuslinge), nicht in erster Instanz den privilegirten Gerichtsstand des Gutsbesitzers haben sollen. Bey einer genaueren Erwägung dürfte indessen die angeführte Stelle dieser in so mancherley Distinctionen verwebten und dadurch dunkel werdenden Constitution wohl nur von den auf den adelichen Sitzen verübten Verbrechen zu verstehen seyn; zumal da unleugbar die würklich bebrodeten Diener des Lüneburgischen Adels, in causis civilibus personalibus, nicht unter den Aemtern stehen, in deren Bezirke das adeliche Gut belegen ist n).

Ferner ist zwar auch in dem Landtags-Abschiede v. J. 1695 versehen, daß die Gutsherren, die gar keine Gerichte besäßen, sich der Erhebung des Schutzgeldes von den Häuslingen enthalten sollten o).

Auf-

m) Sammlung Lüneburg. Landes-Ordnungen, Cap. 9. Nr. 7. Seite 16.

n) Samml. Läneb. Landes-Ordn. Cap. 9. Nr. 15. §. 3. Seite 53.

o) Hieraus erhellet, daß, wenn auch im Mittel-Alter die Advocatia localis schlechterdings in der Immunität der Güter begründet gewesen wäre, wie Pufendorf Tract. de Jurisdict. German. behauptet, doch die mit keiner Gerichtsbarkeit begabten Besitzer freier Güter jene in der Beschützung der auf dem Gute wohnenden sämmtlichen Personen bestehende Advocatie nachmals würklich ver-

Auf der andern Seite ist dagegen aber nicht zu verkennen, daß die Lüneburgischen Recesse, im Ganzen, die mit Gerichten nicht versehenen adelichen Gutsbesitzer, in Rücksicht auf die Exemtion der auf den Gütern wohnenden Personen, von der Amts-Jurisdiction sehr begünstigen.

Es ist den Besitzern adelicher Güter das wirklich sehr eminente Recht verliehen, ihre Gutsleute und Diener, wenn diese auf den adelichen freien Sitzen, Wohnungen, Vorwerken, Schäfereien und andern dergleichen freien Häusern, etwas verbrochen haben, was zu den Nieder-Gerichten gehöret, selbst zu bestrafen p). Ferner wird in dem vorerwähnten Landtags-Abschiede v. J. 1695, Cap. 2. §. 1. den Gutsherrn, welche mit Gerichten nicht versehen sind, die eigene Erhebung der Unzuchts- und Sende-Brüche eingeräumet, und wenngleich wörtlich hinzugefüget ist: dergestalt, daß wenn sich ein Fall mit darauf befindlichen Leuten, welche in des Gutsherrn oder der darauf wohnenden Verwalter oder Pächter Lohn und Brod stehen, begiebet u. s. w., so ist doch, zumal bey der sowohl aus dem gedachten Recesse, als dem v. J. 1686 ersichtlichen Begünstigen der Gutsbesitzer, nach aller Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen, daß die Nichterwähnung der Häuslinge, wenn diese damals auch würklich schon häufig vorhanden gewesen seyn sollten, blos ex oblivione seu incuria concipientis herrühret. Hätte man damals den Unterschied zwischen Dienern und Häuslingen im Sinne, und die Absicht gehabt, den Letzteren in Bruchsachen die Exemtion von der Jurisdiction der Aemter

verlohren haben, und also die aus derselben, als einem annexo immunitatis, etwa hergeleiteten Folgen, in Betreff der Gerichtsbarkeit, jetzt gar nicht mehr Statt finden können.

p) Recess. de 1682. §. 2. Samml. Lüneb. Landes-Ordn. Cap. 9. Nr. 2. Seite 11.

Aemter, nicht mit angedeihen zu lassen; so würde diese Einschränkung sicher ausdrücklich clausuliret seyn. Man kann diesemnach wohl annehmen, daß dasjenige, was durch die Verordnungen des Fürstenthums Lüneburg dem Gutsbesitzer, wegen der Exemtion seiner Diener, von der Jurisdiction der Aemter zugesichert ist, demselben per indirectum ebenmäßig für seine in dem Bezirke des Hofes, Vorwerkes oder der Schäferei wohnende Häuslinge eingeräumet sey.

3.

Ein wichtiger Grund für die Exemtion der auf den adelichen Höfen u. s. w. wohnenden Häuslinge, von der Gerichtsbarkeit der Aemter, lieget auch darin, daß bekanntlich dem hiesigen Landesadel, in Betreff der von ihm selbst cultivirten adelich freien Besitzungen, die Befreiung von der Jurisdictione ordinaria zustehet. Es ist dieses ein Vorzug, welcher nicht etwa der Person des Edelmannes, sondern dem adelich freien, keiner Schatzung unterworfenen Gute eigen ist, und welches daher, der Regel nach, seine Würkung auf alle diejenigen Personen äußert, die den fundum bewohnen, innerhalb dessen der judex ordinarius keine Gewalt hat q).

4.

q) Daß dieser Grund nicht dazu angewendet werden kann, um eine Exemtion der Meierleute des Adels von der Amtsjurisdiction zu behaupten, verstehet sich wohl von selbst. Der C.G.Assessor von Cramer behauptet zwar in seinen Wetzlarschen Nebenstunden Th. 4. Seite 144 u. f.: daß ein adelicher fundus frei bleibe, obgleich ein Meier darauf gesetzet sey. Es widerstreitet dieses aber offenbar der hiesigen Landes-Verfassung. Die zur Zeit der eingeführten Schatzung den Bauern zu Meierrecht eingethane adlichen Besitzungen sind steuerbar gemacht, und nur die Güter, welche der Adel damals selbst cultivirte, haben ihre alte ursprüngliche Freiheit beybehalten. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 1. Bedenk. 3.

4.

Das angenommene Principium wird endlich auch durch mehrere Präjudicia bestärket. In folgenden Fällen, unter andern, hat sich die Justiz-Canzley zu Zelle der Rechtsstreitigkeiten wider Häuslinge oder Miethsleute, welche auf adelichen, mit keiner Gerichtsbarkeit versehenen Gütern wohnten, in erster Instanz ohne Widerspruch angenommen r).

1) Im Jahre 1781, in Sachen J. H. Müller zu Oppershausen, wider den Häusling A. Dierks und dessen Ehefrau daselbst, wegen Injurien;

2) i. J. 1782, in S. des Brauers Lenthe zu Ueltzen, wider den Pächter des adelichen Kruges zu Habighorst, Kuhlmann, wegen Schuld und Injurien.

3) i. J. 1783, in S. Brand zu Helmerskamp, wider des v. Bülowschen Häuslings Friedrich hinterlassene Witwe zu Hohne, wegen Schuld; und

4) i. J. 1783, in S. Drögemüller zu Hohnhorst wider den v. Hohnhorstschen Mühlenpächter Schulze daselbst, gleichfals wegen Schuld und Injurien.

Ein anderer Fall, wobey es zwar nicht directe auf den Gerichtsstand der Häuslinge ankam, der jedoch auch in diesem Stücke, wegen der bey Entscheidung desselben angenommenen Grundsätze, sehr bemerkenswerth ist, kam im Jahre 1785 zur Discussion. Der Anwald der Amtsvoigtei Eicklingen, in deren Bezirke das mit keiner Gerichtsbarkeit versehene v. Campen-

r) Pract. Erörterungen, B. 1. Nr. 28. v. Häuslinge, Pächter.

pensche Gut Nienhagen belegen ist, nahm den v. Campenschen Vormund, Hof-Gerichts-Secretair Claren, bey dem H. Gerichte zu Zelle in Anspruch, und forderte das Schutzgeld von den auf dem Gute Nienhagen wohnenden Häuslingen. Das Hof-Gericht erkannte zum Vortheile des Amts-Anwaldes; als aber der v. Campensche Vormund sich an das K. O.A.-Gericht wendete, so erließ letztgedachter Gerichtshof, am 15. November 1792, ein abänderndes Rescript des Inhalts:

„Nachdem die Exemtion der adelichen Ritter-Sitze die Befreiung der darauf wohnenden Häuslinge vom Schutzthaler nach sich ziehet, die in Unserm Fürstenthume Lüneburg erlassenen Verordnungen auch besonders die Landes-Resolution vom 20. Julius 1695 §. 3. keinesweges auf die Häuslinge, welche auf den adelichen Gütern selbst wohnen, sondern blos auf diejenigen, die sich auf den adelichen Meier- oder Gutsherrn-Höfen aufhalten, angewendet werden mögen, und ihr deutlicher Inhalt ergiebt, daß nur von der letzteren Art der Häuslinge darin die Rede sey; endlich der von Euch dem Imploranten vorgeworfene Mangel der Hohen- und Niedern-Gerichte hier um so minder in Betracht kommen mag, als Implorant keinesweges auf die Erhebung des Schutzthalers von seinen auf dem Gute Nienhagen angesetzten Häuslingen einen Anspruch macht, sondern blos deren Immunität von der ganz ungegründeten Anmaßung des imploratischen Amts behauptet, — so habt Ihr — den Imploraten mit seiner unstatthaften Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen."

5.

Erst vor einigen Jahren erkannte das K. O.A.-Gericht, vorzüglich durch die bislang angeführten Gründe bewogen, über die Exemtion der auf den adelichen Gütern im Lüneburgischen wohnenden Häuslinge von der Amts-Jurisdiction, in Sachen des v. Campenschen Vormundes, H. Gerichts-Secret. Claren,

 wie

wie auch des Anwaldes der Lüneburgischen Ritterschaft Litis-Denunciaten, wider den Anwald der Amtsvoigtey Eicklingen, wegen Gerichtsbarkeit, durch die am 8. April 1797 publicirte Sentenz, folgendermaßen:

„Alldieweilen Unsere Amtsvoigtei Eicklingen, in der bey derselben in prima Instantia von dem Einwohner Suerburg in Rienhagen, gegen den innerhalb des Hofsbezirks des dortigen adelichen Guts wohnenden Häusling Hardege, angebrachten Entscheidungsklage, wegen der jenem von diesem todtgeschossenen Gänse, der Regel nach, pro judice competente nicht zu achten ist; die Landes-Resolution vom 26. Novemb. 1686, da wo selbige von unmittelbaren und mittelbaren Verabladungen der Leute des Adels handelt, auch Unsere Aemter so wenig eine Gerichtsbarkeit in causis civilibus über die auf den unstreitig exemten adelich freien Höfen wohnende Häuslinge attribuiret, als wenig hierunter eine der Regel entgegenstehende allgemeine Landes-Observanz hat erweislich gemacht werden mögen; als wird nunmehr Unsere Amtsvoigtei Eicklingen, unter Wiederaufhebung des Decreti et Mandati de sistendo vom 7. Februar 1784, damit angewiesen, den Kläger Suerburg, mit der erhobenen Entschädigungsklage, ad forum competens, an eines der höheren Landes-Dicasterien zu verweisen. Es bleiben jedoch dem Amts-Anwalde, insofern derselbe in Absicht anderer adelicher Güter, durch Verträge oder Verjährung, ein anderes zu Recht erwürket haben sollte, seine Befugnisse damit ausdrücklich vorbehalten."

LII.

LII. Erörterung.

Ueber die Nothwendigkeit der Gegenwart des Predigers des Orts bey den Eheverlöbnissen der gemeinen Leute auf dem Lande, welche entweder noch Eltern und Großeltern haben, oder unter Vormundschaft stehen.

Zur Erläuterung der Eheverlobungs-Constitution v. J. 1733.

Die neueste in Betreff der Eheverlobungen für die Chur-Braunschweigschen Lande ergangene Verordnung, vom 5 — 16. Januar 1733, setzet fest: daß alle, sowohl Manns- als Frauens-Personen, welche ein zu Recht beständiges eheliches Verbündniß einzugehen Willens sind, zuvörderst ihrer beyderseits Eltern, und wenn die nicht mehr am Leben, ihrer Großeltern, auch wenn weder Eltern noch Großeltern mehr vorhanden, ihrer Vormünder oder Curatoren Einwilligung dazu gehörig suchen, und, wenn sie solche entweder schriftlich oder mündlich erhalten haben, anders nicht, als in Gegenwart zweyer ehrlicher Mannspersonen, wozu auf dem Lande bey gemeinen Leuten jedesmal der Prediger des

Orts

Orts zu nehmen ist, ehelich sich versprechen sollen s). So deutlich es diese Worte des Gesetzes bestimmen, daß zu den Verlobungen derjenigen Bauern oder gemeinen Landleute, welche noch Eltern, Großeltern oder Vormünder haben, jedesmal der Prediger des Orts zugezogen werden müsse, so ist doch oft darüber ein Zweifel entstanden: ob die Gegenwart des Predigers bey der Schließung des Eheverlöbnisses selbst unumgänglich erforderlich sey, oder ob es nicht vielmehr hinreiche, wenn dem Prediger nur in der Folge die vorgenommene Verlobung zur Wissenschaft gebracht werde.

Das Letztere kann aber keinesweges angenommen werden. Dem Prediger des Orts sind die Verhältnisse und persönlichen Eigenschaften der etwanigen Ehelustigen am besten bekannt; er kann am sichersten darüber urtheilen, ob eine glückliche Ehe zu hoffen ist; und sein Zu- und Abrathen ist von dem größten Nutzen, so lange die vorseyende Eheverbindung noch in den ersten Tractaten beruhet, und mithin leicht rückgängig gemachet werden kann. Daher hatte ohne Zweifel der Gesetzgeber, indem derselbe die Gegenwart des Pfarrers bey der Verlobung selbst vorschrieb, die sehr weise Absicht, daß der Prediger darauf achten möge, ob das Verlöbniß gesetzmäßig vorgenommen werde, und ob keine die Ehe und deren glückliche Führung verhindernde Umstände vorhanden wären, um im entgegengesetzten Falle den interessirten Theilen die nöthigen Vorstellungen dieserhalb zu thun. Dieser Zweck würde

s) Samml. Chur-Braunschweigischer Landes-Ordnung. Zelleschen Theils, Cap. I. Sect. II. Nr. 207. Seite 1137. Calenberg. Theils, Th. 1. Nr. 146. Seite 941.

Aehnliche Vorschriften finden sich auch in den Eheverlobungs-Constitutionen und Kirchen-Ordnungen anderer Länder. Vid. I. I. Moser Corp. Jur. eccles. Evangelic. T. 1. pag. 40. 448. 594. 794. 953. et T. 2. pag. 155 et 369.

würde größtentheils verfehlet werden, wenn man eine nachherige Anmeldung der Verlobung bey dem Prediger der persönlichen Gegenwart desselben bey der Handlung selbst gleich setzen wollte.

Ist das Verlöbniß einmal geschlossen, so erschweren oft Eigennutz oder vermeintlich gekränkte Ehre den Zurücktritt von demselben, auch bey den wichtigsten Gründen. Es ist alsdann nicht mehr res integra; die Gründe, welche der Pfarrer gegen die Sache zu Anfang vorgebracht haben würde, finden nicht leicht mehr Gehör, und gerade dieser Umstand wird es einem überlegenden Prediger sodann sehr rathsam machen, seine Zweifel zurückzuhalten, die, früher dargelegt, vielleicht eine unglückliche Ehe verhindert hätten. Sollte aber auch der Gesetzgeber nicht gerade den ebenerwähnten Zweck vor Augen gehabt haben, so ist doch auf jeden Fall die Gegenwart des Predigers bey dem Eheverlöbnisse selbst als ein unumgängliches formelles Erforderniß unbedingt vorgeschrieben. Nirgend findet sich, daß unter gewissen Umständen eine Ausnahme von dieser Regel zugelassen sey. Die Eheverlobungs-Constitution redet durchgängig sehr bestimmt und strenge, und die Gerichtshöfe werden am Ende derselben ausdrücklich, und — wie es heißt — ernstlich angewiesen, über die Satzung steif und feste zu halten.

Bey einer so bestimmten Vorschrift ist gar nicht einst auf den Grund des Gesetzes, sondern allein auf die Worte desselben zu sehen, und es würde über des Richters Befugnisse hinausgehen, da, wo der Gesetzgeber nicht unterscheidet und ausnimmt, willkührliche Unterschiede und Ausnahmen zu machen.

Zu der Gültigkeit und Verbindlichkeit eines Eheversprechens der Landleute vom Bauernstande, welche noch Eltern, Großeltern oder Vormünder haben, ist solchemnach die Zuziehung

hung des Predigers des Orts, bey Eingehung des Eheverlöbnisses selbst, durchaus erforderlich t).

Da übrigens die mehrbesagte Eheverlobungs-Constitution §. 2. ausdrücklich verordnet: daß alle Eheversprechungen ohne Unterschied, welche nicht in allen Stücken der Vorschrift gemäß eingegangen wären, an beyden Seiten ungültig seyn, und daraus keine Eheklagen von dem Consistorio angenommen werden sollten: so ist der Richter, auch unaufgefordert und von Amts wegen, verbunden, bey vorkommenden Rechtsstreitigkeiten der Art auf die Beobachtung der vorgeschriebenen Zuziehung des Predigers zu achten, und, wenn diese ermangelt, das in Frage seyende Eheversprechen aus dem Grunde ex officio für nichtig zu erkennen.

Diese

t) Wegen der Eheverlöbnisse solcher Personen, welche weder Eltern, Groß-Eltern noch Vormünder haben, verordnet die Constitution vom J. 1733 blos, daß dergleichen Leute sich anders nicht, als mit Zuziehung der Obrigkeit ihres Orts, oder wenigstens zweyer beglaubter Mannspersonen, als Zeugen und Beystände, verloben sollen.

Obgleich hier von der Zuziehung eines Predigers nicht ausdrücklich die Rede ist, so hat doch das Königl. O.A.-Gericht, in Sachen Müller wider Rötger, eine zwischen Bauersleuten, welche weder Eltern noch Vormünder hatten, eingegangene aussergerichtliche Eheverlobung wegen ermangelnder Zuziehung des Predigers, mittelst Rescripts v. 13ten März 1788, für nichtig erkläret, und dieses Erkenntniß ist auch in der Restitutions-Instanz am 8. October desselben Jahres folgendermaßen bestätiget: „Nachdem die Eheverlobungs-Constitution v. 1733 §. 1, bey der Verlobung gemeiner Leute jedesmal die Gegenwart des Predigers erfordert, und alle andere Eheversprechungen als ungültig erkläret, als lässet man es — beym vorigen lediglich bewenden."

Diese Grundsätze hat das K. O.A.-Gericht bey der Entscheidung vorgekommener Rechtsfälle durchgängig angenommen u). In Sachen Stünckel wider Stünckel ward unter andern am 24. November 1778 ein Erkenntniß des K. Consistorii zu Hannover, wodurch eine ohne Zuziehung des Predigers eingegangene Verlobung für nichtig erkläret war, bestätiget; und der anerbotene Beweis einer contrairen Orts-Observanz nicht allein verworfen, sondern auch von Amts wegen ein Rescript an das K. Consistorium des Inhalts erlassen:

„Es ist bey Gelegenheit der in S. Stünckel wider Stünckel anhero gebrachten Appellation vorgekommen, daß der Prediger Kitzow zu Basse zu den in seinem Kirchspiele vorfallenden Eheverlöbnissen nicht jederzeit zugezogen worden.

Da nun dieses der Eheverlöbniß-Constitution v. 1733 zuwider ist, und sonderlich, bey sich ereignendem Zwiespalt unter den Verlobten, von nachtheiligen Folgen seyn kann: so habt Ihr demselben anzubefehlen, daß er nicht weiter in die Vernachlässigung der Eheverlobungs-Constitution geheele, sondern auf die Beobachtung der Vorschrift derselben von der Zuziehung des Predigers zu den Eheversprechen in seiner Gemeinde künftig gehörig achte.“

In einer noch ganz neuerlich vorgewesenen Rechtssache, Wollering wider Heslau hatte sich ein Bauer mit einer unter

u) Der, von Pufendorf T. 1. Observat. 75. angeführte Fall, in welchem das K. O.A.-Gericht ein nicht in persönlicher Gegenwart des Predigers, sondern nur im Beyseyn des dazu abgeordneten Küsters eingegangenes Eheverlöbniß für gültig erkannte, macht die Sache nicht zweifelhaft, sondern bestätiget, wenn man den ganzen Inhalt der Observation in Erwägung nimmt, das oben Gesagte nur noch mehr.

unter Vormundschaft stehenden Bäuerin, in Gegenwart von dreyen Mannspersonen, verlobet, und das Eheverlöbniß war nachmals nicht allein dem Prediger, sondern auch der Ortsobrigkeit angezeiget. Demungeachtet erkannte das K. O.A.-Gericht in der am 21. December 1799 eröffneten Sentenz, das Eheversprechen, von welchem die Braut in der Folge zurückgetreten war, mit aus dem Grunde für ungültig und nichtig, weil dasselbe nicht im Beyseyn des Predigers des Orts eingegangen sey.

LIII. Erörterung.

Bey der richterlichen Entscheidung der Frage: Ob ein Eheverlöbniß zwischen Personen, welche noch Eltern haben, oder sich unter Vormundschaft befinden, gültig sey? muß in den hiesigen Landen, von Amts wegen, auf das Daseyn der elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung gesehen werden.

Zur Erläuterung der Eheverlobungs-Constitution v. $\frac{5}{16}$ Januar 1733.

Sowohl nach dem Römischen x) als Canonischen y) Rechte, wird bey den Eheverlöbnissen der unter väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder die Einwilligung des Vaters, bey Strafe der Nichtigkeit, erfordert, und das Deutsche Recht, verbunden mit dem

 heu-

x) L. 7. 12. 14. 20. Cod. de Nupt. L. ult. Cod. de Repud. et Divort. L. un. Cod. de Raptu Virg.

y) C. 1. 3. 4. Cauff. 30. qu. 5. C. 12. 13. 16. Cauff. 32, qu. 2. C. 3. X qui matrim. accuf. poff.

heutigen Gerichtsgebrauche, macht in dem Falle, wenn kein Vater vorhanden ist, die Einwilligung der Mutter gleich nothwendig z). Die in den Chur-Braunschweigischen Landen geltende Eheverlobungs-Constitution v. $\frac{5}{16}$ Januar 1733 stimmet hiermit nicht allein vollkommen überein, sondern es verordnet dieselbe überdies ausdrücklich, daß auch diejenigen, welche sich unter Vormundschaft befinden, vor Eingehung eines Eheverlöbnisses, um die schriftliche oder mündliche Einwilligung ihrer Vormünder zu demselben nachsuchen sollen a).

Unstreitig muß daher jedes, ohne vorgängige Einwilligung der Eltern und Vormünder geschlossene Eheverlöbniß, dessen Verbindlichkeit zur rechtlichen Entscheidung kommt, von dem Richter für völlig nichtig erkläret werden, wenn die Eltern und Vormünder selbst die Vernachlässigung des vorgängigen Gesuchs um ihren Consens rügen b).

Zwei-

z) Schott Einleitung in das Eherecht. §. 93.
Schnaubert Kirchenrecht der Protestanten. §. 228.
Dabelow Grundsätze des Eherechts. §. 98.
G. L. Boehmer de necess. parent. consensu in nupt. liberorum.
Sind Vater und Mutter vorhanden, so müssen die Kinder zwar um die Einwilligung Beider nachsuchen; stimmet aber die Erklärung des Vaters mit derjenigen, welche die Mutter abgiebt, nicht überein, so entscheidet, der Regel nach, der Wille des Vaters.

a) Obgleich einige Schriftsteller, wie z. B. Schnaubert a. a. O., die Nothwendigkeit der Einwilligung der Vormünder bey der Schließung der Eheverlöbnisse der Minderjährigen unbedingt behaupten: so läßt sich dieses, nach dem gemeinen Rechte, doch schwerlich vertheidigen. L. 20. Dig. de Ritu nupt. L. 8. Cod. de Nupt. Selchow Elem. Jur. Germ. §. 415. Dabelow a. a. O.

b) Die Behauptung verschiedener Rechtslehrer, daß das Annullations-Recht der Eltern, wegen des vernachlässigten Consens-Gesuches,

durch

Zweifelhaft könnte es aber scheinen, ob in dem Falle, wenn die Eltern und Vormünder sich nicht ausdrücklich über die Vernachlässigung der Bitte um ihre Einwilligung beschweren, der Richter

durch den hinzugekommenen Beyschlaf der Verlobten, durch den Eyd, oder durch die priesterliche Einsegnung aufgehoben werde — vid. Boehmer Princ. Jur. Can. §. 369. — bleibt manchen wichtigen Zweifeln unterworfen; S. Dabelow a. a. O. und Schnaubert a. a. O. §. 229. Hier im Lande ist dieser Gegenstand völlig entschieden, indem die Eheconstitution v. J. 1733 §. 2. ausdrücklich verordnet: Alle andere Eheversprechungen, die solchergestalt, wie eben gedacht ist, nicht beschaffen sind, wenn sie auch gleich eydlich geschehen, und der Beyschlaf dazu gekommen wäre, sollen an beyden Seiten für ungültig gehalten, und von Unserm Consistorio daraus keine Eheklage angenommen, sondern, im Fall die nichtig Verlobten sogar zur priesterlichen Trauung geschritten wären, auf summarisches Anrufen der Eltern, Großeltern, Vormünder oder Curatoren, dergleichen vermeinte Ehen für nichtig erkläret, und solche Leute, wegen ihres hierunter verübten Frevels und Mißbrauchs der priesterlichen Einsegnung, noch dazu, wie unten weiter folget, exemplarisch gestrafet werden.

Samml. Calenb. Landes-Ordnung. Th. 1. Nr. 146. S. 941. Hieraus folget von selbst, was auch dem gemeinen Rechte völlig angemessen ist, daß nämlich Ehelustige, welche sich bereits voreilig verlobet haben, ohne vor der Verlobung um die Einwilligung ihrer Eltern und Vormünder geziemend nachzusuchen, sich schon dadurch, und wenn die Eltern und Vormünder auch sonst nicht den geringsten Grund zum Widerspruche haben, des Anspruchs auf die richterliche Ergänzung eines etwa in der Folge verweigerten Consenses verlustig machen.

Boehmer I. Eccles. Protest. L. 4. Tit. 2. §. 18.

Schott Einleitung in das Eherecht. §. 94.

Richter berechtigt und verbunden sey, auf den mangelnden Consens Rücksicht zu nehmen.

Sehr gründliche Rechtslehrer sind der Meinung, daß, nach Anleitung des gemeinen Rechts, auf den Mangel der elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung durch den Richter von Amts wegen — ex officio — so wenig gesehen werden dürfe, als wenig einer der Verlobten daraus eine Ausflucht wider den andern hernehmen könne c).

In den hiesigen Landen findet dieses jedoch keine Anwendung, weil die mehrerwähnte Eheverlobungs-Constitution §. 2 ganz bestimmt und ausdrücklich verordnet: daß die Rüge der vernachläßigten Einwilligung, nur in dem Falle von der Willkühr der Eltern und Vormünder abhange, wenn die gesetzwidrig Verlobten bereits zur priesterlichen Trauung geschritten wären, und es mithin auf die Aufhebung einer würklichen Ehe ankomme d); daß aber bloße Eheverlöbnisse, gesetzt auch, es wären solche eydlich geschehen, oder mit einem Beyschlafe verbunden, bey welche der elterliche oder vormundschaftliche Consens ermangele, schlechterdings ungültig seyn, und daraus gar keine Eheklagen angenommen werden sollten e).

Hierin

c) Boehmer J. Eccleſ. Proteſt. L. 4. Tit. 2. §. 17. Brouwer de Jure connub. Lib. 1. Cap. 5. Nr. 11. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts. §. 229.

d) a Pufendorf Tom. 3. Obſervat. 43.

e) Durch die strenge Verordnung, daß alle Eheverlöbnisse, welche ohne vorgängige Einwilligung der Eltern und Vormünder eingegangen sind, völlig nichtig seyn sollen, wird jedoch die Befugniß der Eltern und Vormünder nicht ausgeschlossen, ihren Consens noch in der Folge

Hierin liegt die unverkennbare Anweisung für den Richter, daß derselbe bey vorkommenden Eheklagen, auch unaufgefordert und ex officio, darauf zu achten habe, ob die bey Strafe der Nichtigkeit erforderte elterliche oder vormundschaftliche Einwilligung zu dem Eheverlöbnisse vorhanden sey.

Zur Bestätigung dieses Grundsatzes dienet der folgende bey dem K. O.A.-Gerichte entschiedene Rechtsfall. J. B. Wollering hatte sich mit der unter Vormundschaft stehenden M. C. Heslau verlobet, ohne bey dem Vormunde der Letzteren um den Consens nachzusuchen. In der Folge trat die Heslau von ihrem Versprechen zurück, und Wollering fand sich dadurch bewogen eine Eheklage wider sie zu erheben. Der bey der Verhandlung der Sache mitzugezogene Vormund übergieng die vernachlässigte Nachsuchung seines Consenses ganz mit Stillschweigen, und beschränkte sich darauf, der vorhabenden Ehe, blos wegen eines sehr unerheblichen, von den geringen Verstandskräften seiner Curandin hergenommenen Grundes, zu widersprechen, demunerachtet

Folge zu ertheilen, und dadurch das nichtige Geschäft gültig zu machen. Der Vicepräsident v. Pufendorf hat Tom. 1. Observat. 72., wider die Behauptung des Ludewig in Diss. de Connub. imp. consens. parent. Diss. 2. Cap. 2. und des Voet ad Tit. de Ritu Nupt. §. 8., mit überwiegenden Gründen, und unter Beziehung auf ein Erkenntniß des K. O.A.-Gerichts v. 16. Junius 1742, ausgeführet: daß, sowohl im Allgemeinen, als besonders nach dem wahren Sinne der Eheverlobungs-Constitution v. J. 1733, eine expost erfolgte Genehmigung der Eltern und Vormünder zur Gültigkeit einer eingegangenen Eheberedung hinreiche. Es verstehet sich jedoch hierbey von selbst, daß die nachgeholte Einwilligung ausdrücklich ertheilet seyn, und nicht aus dem bloßen Stillschweigen der Eltern und Vormünder gefolgert werden muß.

achtet erkannte das K. O.A.-Gericht, mittelst der am 21ten December 1799 publicirten Sentenz:

Da das zwischen dem Appellanten und der Appellatin geständigermaßen ohne Einwilligung des Vormundes K. im Monat April 1796 eingegangene, auch in der Folge durch gedachten Vormund keinesweges gehörig genehmigte Eheverlöbniß für völlig ungültig und gesetzwidrig zu halten ist, mithin auf dasselbe so wenig eine Eheklage, als der Anspruch auf eine von der Appellatin zu leistende Abfindung und Satisfaction f), gegründet werden kann; ferner auch bey diesen Umständen die etwanige richterliche Ergänzung des ermangelnden vormundschaftlichen Consenses sich als ganz unstatthaft darstellt: so ist wohl gesprochen und übel appelliret, und behält es dabey sein Bewenden, daß Unser Consistorium den Appellanten mit seiner Klage zur Ruhe zu verweisen hat, u. s. w.

f) a Pufendorf Tom. 3. Observat. 199.

LIV. Erörterung.

Die Gültigkeit eines Eheverlöbnisses kann nicht in jedem Falle nach den Local-Gesetzen des Ortes beurtheilet werden, wo dasselbe eingegangen ist.

1.

Der aus dem Amte Neustadt unterm Hohenstein gebürtige J. C. Unger, wollte sich mit der gleichfalls aus dem Hohensteinischen gebürtigen M. D. Gerlach verheirathen, und dann seinen zu Niedersachswerfen im vorgedachten Amte belegenen väterlichen Hof übernehmen. Eine nach den im Hohensteinschen geltenden Ehegesetzen gültige Eheberedung war noch nicht geschlossen, als die Braut, blos in Begleitung ihrer Stiefmutter, nach Nordhausen kam, dem J. C. Unger, welcher daselbst als Knecht diente, ihr Jawort gab, und von ihm verschiedene Geschenke erhielt.

In der Folge trat die Gerlach von ihrem Eheversprechen zurück, und Unger ward dadurch bewogen, eine auf die Vollziehung der Ehe gerichtete Klage gegen dieselbe zu erheben, zu deren Begründung er behauptete; daß, wenngleich das Eheversprechen

die rechtlichen Erfordernisse der im Hohensteinschen geltenden Ehegesetze nicht habe, dasselbe doch lediglich nach Vorschrift der Eheverlöbniß-Ordnung der freien Reichsstadt Nordhausen vom 25. November 1678 beurtheilet werden müsse, und in Gemäßheit dieses Gesetzes völlig rechtsbeständig sey.

Allen vorkommenden Umständen nach konnte die angestellte Klage aber auf keine Weise für hinlänglich begründet angesehen werden.

2.

Die im Allgemeinen nicht zu bezweifelnde Wahrheit, daß derjenige, der irgendwo ausserhalb seines gewöhnlichen Wohnortes und Gerichtsstandes einen Contract eingehet, als ein Subditus temporarius des Orts, woselbst er contrahiret, betrachtet, und den dortigen Gesetzen, in Rücksicht auf den geschlossenen Contract, unterworfen sind, gründet sich nicht blos auf die Regel: Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur g); sondern auch auf eine sehr nothwendige und nutzbare stillschweigende Uebereinkunft der verschiedenen Landes-Regierungen h).

In Gemäßheit dessen wird es angenommen, daß alle gerichtliche und aussergerichtliche Handlungen und Geschäfte, welche nach den Gesetzen des Orts, an welchem sie vorgenommen wurden, die volle Rechtsbeständigkeit haben, auch da ihre Gültigkeit behalten, wo vielleicht ein ganz anderes, abweichendes Recht gilt, und daß mithin die streitige Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages nach

g) L. 7. §. 10. Dig. in fin. de Interd. et Releg.

h) Huber Praelect. ad Pand. L. 1. Tit. 3. de Conflictu Leg. §. 2.

nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen ist, wo der Contract geschlossen ward.

Was besonders die Eheverträge betrifft, so leidet es schon an sich kein Bedenken, daß dieselben nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen sind, und überhin bezeugen dieses auch mehrere Schriftsteller ausdrücklich, und bestätigen ihre Behauptung mit zutreffenden Präjudicien i).

3.

Bey der Anwendung dieser Lehre kömmt es indessen sehr auf die richtige Beurtheilung und Bestimmung des Loci contractus an. Die Römischen Gesetze, welche von der Frage handeln: wo der Locus contractus zu verstehen und anzunehmen sey? bestimmen hierüber folgendes:

Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia k);

und ferner:

Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit l).

Nicht auf den Ort sowohl, wo etwa der Vertrag, wörtlich oder schriftlich, ohne weitere Rücksichten geschlossen ist, sondern vielmehr auf den Ort, an welchem der Contract nach der eigentlichen und Hauptabsicht der Contrahenten hat zur Ausführung gebracht werden sollen, muß also gesehen werden m). Was bey den

i) Huber l. c. a Pufendorf Tom. 1. Observat. 74.

k) L. 3. Dig. de Reb. auctor. judic. possid.

l) L. 21. Dig. de Obligat. et Action.

m) Hellfeld Jurispr. for. §. 516.

den in den angeführten Gesetzen bezeichneten Geld und Geldeswerth betreffenden Contracten der locus, quo solvenda est pecunia, ist, das ist bey den Eheverträgen unstreitig der Ort, wo die Ehe würklich eingegangen und künftig geführet werden soll n).

Wollte man es zugeben, daß Unterthanen eines Landes, die noch dazu die Absicht haben, ihre künftige Ehe in ihrem Vaterlande selbst zu führen, und sich daselbst zu besetzen, die Befugniß hätten, durch eine vielleicht zufällige kurze Zusammenkunft ausserhalb des Landes-Territorii, und die dabey geschehene Ertheilung des wechselseitigen Jaworts, fremde Gesetze in Betreff der Rechtsbeständigkeit ihrer Sponsalien geltend zu machen: so würden auf die Weise die wohlthätigsten und weisesten Eheverordnungen muthwillig intervertiret werden können, und es würde zu dem Ende hinreichend seyn, wenn etwa einer der Eheluſtigen sich nur auf wenige Wochen ausserhalb Landes vermiethete, und dann den anderen Theil zu sich in das Ausland kommen ließe, um mit demselben ein ganz constitutionswidriges Eheverlöbniß einzugehen. Offenbar würde so etwas dem Zwecke der Gesetzgebung ganz entgegen streben, und man kann daher annehmen: daß der locus

n) Huber l. c. §. 10. schreibt daher: Verum tamen non ita praecise respiciendus est locus, in quo contractus est initus, ut, si partes alium in contrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus. Proinde et locus matrimonii contracti non tam is est, ubi contractus nuptialis initus est, quam in quo contrahentes matrimonium exercere voluerunt; ut omni die fit, homines in Frisia indigenas aut incolas ducere uxores in Hollandia, quas inde statim in Frisiam deducunt; idque si in ipso contractu ineundo propositum habeant, non oritur communio bonorum, etsi pacta dotalia fileant, secundum jus Hollandiae; sed jus Frisiae in hoc casu est loci contractus.

locus contractus bey Eheverlöbnissen, in Hinsicht auf die Beurtheilung der Gültigkeit derselben, nicht sowohl der Ort ist, wo die Sponsalien, vielleicht nur zufälligerweise, eingegangen sind, sondern daß hierbey auf die Absichten und Verhältnisse der Verlobten im Allgemeinen, besonders aber darauf geachtet werden muß, an welchem Orte die Ehe würklich hat geführet werden sollen.

4.

In dem oben berührten Rechtsfalle waren beyde Verlobte aus der Grafschaft Hohenstein gebürtig; ihre beyderseits Eltern wohnten im Hohensteinschen, und besaßen daselbst Bauergüter; die Braut hielt sich im elterlichen Hause auf; der Bräutigam hatte sich nicht für beständig in Nordhausen niedergelassen, sondern diente nur daselbst; und endlich gieng der Zweck der angeblichen Eheberedung dahin, daß der Bräutigam den väterlichen Hof annehmen, denselben mit der Braut bewirthschaften, mithin die künftige Ehe im Hohensteinschen führen solle. Bey diesen Umständen konnte auf das angeblich zu Nordhausen eingegangene Eheverlöbniß gar nicht gesehen werden, und das K. O.A.-Gericht erkannte daher am 21. December 1799: daß die Rechtsbeständigkeit der vorgeschützten Sponsalien nicht nach den Gesetzen der Reichsstadt Nordhausen, sondern nach Vorschrift der Calenbergischen Eheverlobungs-Constitution v. J. 1733 zu beurtheilen sey o).

5.

o) Bekanntlich ist die ganze Grafschaft Hohenstein, welche noch jetzt uneingezogen existiret, und mithin auch das zu derselben gehörende, den Grafen von Stolberg zu Stolberg eigenthümlich zustehende, seit mehreren Jahren aber dem Churhause Hannover verpfändete Amt Neustadt unterm Hohenstein ein Braunschweig-Lüneburgisches Lehn. Vermöge der von den Herzögen August d. Aeltern und Georg i. J. 1635 ertheilten Beleh-

5.

Wenn hingegen die Verlobung von hiesigen Unterthanen in einem andern Territorio auf eine rechtsgültige Weise geschlossen, und es die Absicht der Verlobten gewesen ist, allda die Ehe zu vollziehen und ihr beständiges Domicilium daselbst zu nehmen: so kommt es bey Beurtheilung der Gültigkeit der vollzogenen Sponsalien, zu Folge der obigen Grundsätze, nicht auf die hiesige Eheverlobungs-Constitution, sondern auf die Gesetze des Orts an, wo sie vollzogen sind. Diesem gemäß hat noch neuerlich das Ober-Appellat.-Gericht in S. Meier gegen

lehnungen, und Inhalts eines Vertrages v. J. 1645, haben die Grafen v. Stolberg sich verpflichtet: daß sie wegen dieser Grafschaft den regierenden Herzog zu Calenberg für ihren Lehnsherrn erkennen, vor demselben zu Recht stehen, Recht nehmen und geben, dessen hohe landesfürstliche Obrigkeit und die derselben anhangende Rechte und Gerechtigkeiten über die Grafschaft gehorsamlich erkennen wollen. S. Lünig Reichs-Archiv P. spec. unter Braunschweig-Lüneburg, Seite 109. Dem Herzoge zu Calenberg stehet solchemnach die Landeshoheit über die Grafschaft Hohenstein zu; alle von dorther kommende Appellationen gehen an die höheren geist- und weltlichen Gerichte des Fürstenthums Calenberg — S. Moser Braunschw. Lüneb. Staats Recht, Cap. 9. §. 14 —, und die Calenbergischen Landes-Verordnungen sind für das Hohensteinische völlig geltend und verbindlich.

v. Selchow Braunschw. Lüneb. Privat-Recht. §. 24.

Mascov Not. juris et judicior. Brunsuic. P. 1. Cap. 1. §. 4. pag. 22.

Von den Verhältnissen der Grafschaft Hohenstein zu dem Fürstenthume Calenberg s. a. Struben Th. 2. Bedenk. 57.

gegen Thölken, pto. Satisfactionis, am 10ten Jun. 1799 erkannt: „Nachdem nun, da der Eheverlobungs-Contract nicht allein auf dem Bremschen Stadtgebiete geschlossen, sondern auch daselbst die Ehe vollzogen werden, und der Implorant den Hof des Vaters der Imploratin annehmen sollen, es auf unsere Eheverlobungs-Constitution nicht, sondern einzig und allein auf die Gesetze der Reichsstadt Bremen in Absicht auf die Gültigkeit der Verlobung ankommt: so findet die Appellation keine Statt."

LV. Erörterung.

Notariatszeugenverhöre sind im possessorio summariissimo nicht durchgehends zulässig.

In dem ordentlichen Processe ist bekanntlich der vor Notar und Zeugen geführte Beweis von gar keiner Kraft p). Ein jedes Zeugenverhör erfordert vielmehr allezeit die Mitwirkung des competenten Richters. Nur dieser ist befugt, einen Beweistermin zu bestimmen; über die Zu- oder Unzulässigkeit der Zeugen, Artikel und Fragstücke zu erkennen; die Zeugen zu vereyden, und sie allenfalls zur Ablegung eines Zeugnisses zu nöthigen; den Gegentheil zu hören; ad videndum jurare zu citiren; Fragestücke auf die Artikel zu erfordern; Requisitionen zu erkennen u. s. w. Zu allen diesen richterlichen Verfügungen ist aber ein Notar gar nicht befugt, und deshalb kann auch ein von ihm in processu ordinario vorgenommenes Zeugenverhör von ganz keiner Rechtswürkung seyn.

Ob

p) Klaproth im Processe §. 298. Sieber von dem gerichtlichen Processe §. 864.

Ob aber auch dasselbe in possessorio summariissimo unzulässig sey? darüber sind die Meinungen der Rechtslehrer getheilt. Einige q) behaupten die Zulässigkeit solcher Zeugenverhöre bey dem jüngsten Besitze; andre r) aber verwerfen sie schlechthin. Aus den vorhin angeführten Gründen möchte die letztere Meinung wohl den Vorzug verdienen, wenn die erstere nicht etwa in Landesgesetzen und Proceßordnungen, oder durch den Gerichtsgebrauch, gebilligt ist s).

Nach dem hiesigen Gerichtsgebrauche und Gerichtsordnungen t), wird auch in possessorio summariissimo dem Notariatszeugenverhören, selbst wenn die Zeugen endlich vernommen sind, überall keine Rechtswirkung in der Regel beygelegt, und kein Manutenenz-Decret darauf ertheilt; ausgenommen in solchen Fällen, wo bey dem Verzuge leicht eine Gefahr eintreten, und metus armorum, tumultus et violentiae zu besorgen seyn möchte; diesem gemäß rescribirte das höchste Tribunal ex capite nullitatis am 10. Febr. 1773, in S. von Schwicheldt gegen von Bülow in pto. der Jagd, an die Zellische Justiz-Canzley: „Nachdem nun durch das coram notario et testibus aufgenommne Zeugenverhör, zumal bey den eintretenden Umständen, und da weder periculum in mora noch metus armorum vorhanden, der Besitz der Imploratin für bescheinigt nicht zu achten ist, als sey die am 15. Oct. 1772 ertheilte Manutenenz wieder aufzuheben u. s. w." In mehrern ähnlichen Fällen ist also erkannt und noch neuerlich, am 8. Nov. 1799, auf gleiche Weise in Sachen Bodecker gegen Wedemeyer, in pto. eines Jagdweges, an die Hannöversche Justiz-Canzley rescribirt worden.

q) Klaproth a. a. O. Griebner princ. proc. Lib. 2. C. 7. §. 11.

r) Wernher P. 4. Obs. 42. Engau P. 1. Dec. 38 u. 299. Nr. 15.

s) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze. Theil 1. §. 23.

t) O. A. G.-Ordnung Part. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 8. Pufendorf proc. Br. Luneb. Sect. 1. C. 4. §. 36.

LVI. Erörterung.

Von Vorstandsgeldern.

Zur Sicherstellung des Verpächters, wegen aller aus dem Pachtcontract entspringenden Verbindlichkeiten des Pächters, pflegt der letztere dem erstern eine gewisse verabredete Geldsumme zuweilen einhändigen zu müssen *), welche der Pachtvorstand, Vorstandsgeld, genannt wird. Entstehet über das Vermögen des Verpächters ein Concurs, so ist die Art und Weise, wie diese Vorstandsgelder zurückgefordert werden können, nicht selten zweifelhaft und streitig u).

Zunächst hat man hierbey darauf zu sehen: ob dieselben wirklich blos die Sicherstellung des Verpächters bezwecken, oder ob unter

*) Nach der bekannten Regel: Plus cautionis in re est, quam in persona. L. 25. D. de reg. jur. oder wie es in der leg. 1. §. 1. D. de superficieb. heißt: melius est possidere potius, quam in personam experiri.

u) Dabelow vom Concurs der Gläubiger. Th. 2. §. 135. Müller promtuar. jur. voc. conductor.

unter denselben ein verschleyertes Darlehn versteckt liegt. Das erstere ist zu vermuthen, wenn die Vorstandssumme etwa nur ein einjähriges Pachtgeld begleicht; wenn der Verpächter keine Verzinsung derselben versprochen hat u. s. w. Alsdann kann man annehmen, daß die Vorstandsgelder blos zur Sicherheit und loco cautionis, ohne völlige Eigenthumsbegebung abseiten des Pächters, dem Verpächter eingehändigt sind. Ist nun dieser durch baares Geld geleistete Vorstand beym Ausbruche des Concurses erweislich annoch in Natur vorhanden, so kann solcher von dem Pächter eben so gut vindicirt und zurückgenommen werden, als wenn er dem Verpächter, statt einer baaren Geldsumme, Obligationen oder Pfänder als Caution eingeliefert hätte x). Der Pächter würde also nicht verbunden seyn, sich deshalb in den Concurs ein- und classificiren zu lassen. Wäre aber der mit baarem Gelde geleistete Vorstand, wie es gewöhnlich der Fall ist, nicht mehr in Natur vorhanden, alsdann ist zu unterscheiden: ob sich der Pächter bey dem Ausbruche des Concurses noch wirklich im Besitze der Pacht befindet, oder ob er solche bereits abgegeben hat? Im ersten Falle kann der Pächter seine Vorstandsgelder, kraft des Retentionsrechtes y), ausser dem Concurse zurücknehmen und mit den von ihm zu erlegenden Pachtgeldern compensiren, weil die Gläubiger jeden nicht in betrüglicher Absicht geschlossenen Pachtcontract des Schuldners halten müssen z). Im letztern Falle,

 wenn

x) Dabelow a. a. O. Th. 1. §. 20 und 23.

y) Faselius vom Retentionsrechte. §. 29.

z) Hiernach hat auch das höchste Tribunal am 8ten Febr. 1788, in Sachen der Pächter des Gutes Obermarschacht c. den Bülowschen Curator Claren, pto. Vorstandsgelder, dahin erkannt: Anlangend die von den Pächtern bey Antritt der Pacht im Jahr 1757 ihrem Verpächter erlegten Vorstandsgelder zu 1000 Rthlr. sowohl, als ebenfalls auch die, bey der Pacht-Erneuerung de 1781 demselben von

wenn der Pächter die Pacht vor dem Ausbruche des Concurses abgegeben hat, können die Vorstandsgelder mit den rückständigen Pachtgeldern ebenfalls compensirt werden, weil schon vor dem Ausbruche des Concurses eine wechselseitige exigible Forderung vorhanden war. Denn zu eben der Zeit, da der Pächter die letzten Pachtgelder zu bezahlen schuldig ist, hat auch zugleich der Verpächter die Verbindlichkeit auf sich, die Vorstandsgelder zurückzugeben. Es kann daher der Pächter, wenn ihn der Curator zur Bezahlung der rückständigen Pachtgelder auffordert, sich mit der Einrede der Compensation, so weit solche reicht, schützen, und auf diese Weise seinen baar geleisteten Vorstand gegen alle Gefahr im Concurse sichern. Sind hingegen die Pachtgelder vor dem Ausbruche des Concurses ohne Rückgabe des Vorstandes bey Abgebung der Pacht bezahlt, alsdann gehört der Pächter mit der Forderung seiner Vorstandsgelder, da solchen an sich gar keine Vorzugsrechte gebühren, und insofern er nicht etwa aus einem andern Grunde compensiren kann a), unter die chirographarischen Gläubiger, wenn ihm wegen derselben keine besondere Hypothek vom Verpächter gegeben ist. Wenn indeß in dem oben bemerkten andern Falle unter dem Namen von Vorstandsgeldern ein wahres Darlehn hat verborgen werden sollen, so kann demselben die Eigenschaft wirklicher Vorstandsgelder nicht eingeräumt werden. Oftmals benutzt ein Verpächter, dessen Vermögensumstände sich nicht in der besten Lage befinden, diese Gelegenheit, ein Capital in die Hände zu bekommen, um sich damit aus einer unangenehmen Verlegenheit zu helfen. Ein solches verstecktes Darlehn

von dem locario im Voraus bezahlten 500 Rthlr. — so sind Imploraten und Liquidanten, die bisherigen Pächter, Einwendens ungehindert allerdings berechtigt, beyde Posten von denen dem corpori bonorum schuldigen Pachtgeldern abzusetzen, und sich auf solche Art compensando bezahlt zu machen.

a) Dabelow a. a. O. Th. 2. §. 135. Not. 2.

lehn ist bey einem verschuldeten Verpächter sonderlich alsdann zu vermuthen, wenn die Vorstandssumme ein mehrjähriges Pachtgeld, mithin die erforderliche Sicherstellung weit übersteigt, und eine Verzinsung desselben stipulirt ist. Es läßt sich dabey auch gar nicht annehmen, daß selbst der Pächter, blos in Absicht seiner Pachtverbindlichkeiten einen die gewöhnliche Sicherheit übersteigenden Vorstand ohne Eigenthumsbegebung hat leisten wollen. Er ist daher wie ein jeder anderer Gläubiger zu betrachten, und nicht berechtigt, ein Retentions- oder Compensationsrecht zum Nachtheil der übrigen Creditoren auszuüben, wenn er sich gleich beym Ausbruche des Concurses noch im Besitze der Pacht befindet. Eines solchen versteckten Anlehns wegen kann sich also der Pächter niemals extra concursum bezahlt machen; vielmehr ist er verbunden, sich damit im Concurse ein- und classificiren zu lassen, und er ist nicht befugt, durch Innebehaltung der Pachtgelder sich solcherhalb zu decken. Das höchste Tribunal hat auch diesem gemäß in der am 14. April 1794 eröffneten Bülowschen Prioritätssentenz erkannt: Nr. 102, der weyl. Obervoigt Winkelmann, als gewesener Pächter der Güter Abbensen und Bledelen mit der in termino professionis gemachten Forderung der Vorstandsgelder, überhaupt zu 8000 Rthlr. in Golde zu voll, cum usuris vom 11. May 1787, vermöge der im Pachtcontracte bestellten hypothecae privatae generalis; indem dem Liquidanten wirkliche Eigenthumsrechte in Absicht dieses professi überall nicht competiren; vielmehr aus allen bey der Sache eintretenden Umständen sich deutlich offenbahret, wie unter der Benennung von Vorstandsgeldern ein damals vom *cridario* aufgenommnes wahres *mutuum* nur hat verborgen werden sollen.

Uebrigens sind dergleichen Vorstandsgelder, wenn sie auch, wie es hin und wieder der Fall zu seyn pflegt, dem abziehenden Pächter von dem antretenden erstattet worden, immer als eine wahre Schuld des Verpächters, welcher sie erhoben hat, zu betrachten.

ten. Sie müssen daher bey Erbtheilungen, als eine gemeinschaftliche Schuld, von allen Erben pro rata getragen werden; und wenn sie der Gutsannehmer allein auf sich nimmt, so muß ihm deßhalb von seinen Miterben Vergütung geschehen. Bey Lehnseröffnungsfällen kommt es in Absicht derselben sonderlich darauf an: ob der succedirende Agnat, oder dessen Vorfahren, auch zugleich die Allodial-Erben desjenigen gewesen sind, welcher den Vorstand erhoben hat, oder nicht? Im letztern Falle muß der Landerbe den Vorstand allein ex allodio bezahlen, und kann solchen dem Lehnsfolger durchaus nicht aufbürden. Im erstern hingegen muß der Lehnsfolger pro rata concurriren, wenn bey der Theilung des Allodial-Nachlasses diese gemeinschaftliche Schuld nicht bereits abgerechnet und dem Gutsannehmer von seinen Miterben vergütet ist. Hat daher der letzte Besitzer die von dem gemeinschaftlichen Erblasser erhobene Cautionssumme aus eigenen Mitteln abgetragen, so muß der vom erstern abstammende Lehnsfolger dem Landerben des letztern seinen für ihn ausgelegten Antheil erstatten; und wenn die Cautionsgelder annoch unabgetragen stehen, so kann der Lehnsfolger von des letzten Besitzers Landeserben nichts weiter als deren Antheil, und nicht die ganze Summe, erstattet verlangen, oder auf die demselben herauszugebende Allodial-Summe abrechnen.

LVII. Erörterung.

Ob und in wie fern der Besitzer eines Lehnsstücks, welches von ihm ohne lehnsherrlichen Consens angekauft ist, wenn dasselbe von dem Lehnherrn vindicirt wird, auch zur Erstattung der davon erhobenen Früchte schuldig ist?

Daß der Vasall von dem Augenblicke des ohne lehnsherrliche Einwilligung wirklich consumirten Verkaufs und der dadurch begangenen Felonie dem Lehnherrn die Lehnsfrüchte zurückgeben und erstatten muß, ist nicht zu leugnen, und wird auch von fast allen Lehnrechtsschriftstellern, selbst von denen, zugestanden, welche behaupten, daß das Lehn in casu alienationis nicht ipso jure et facto, sondern erst post Sententiam privatoriam verlohren gehe b). Denn der Rechtsgrund, vermöge dessen der Vasall die Lehnsfrüchte erhält, beruhet in der dem Lehnsherrn schuldigen Vasal-

b) Boehmer in princ. jur. feud. §. 354. Struv. in Syntagm. jur. feud. Cap. 15. §. 17. Horn jurispr. feud. §. 20.

Vasallentreue; und sobald er diese vorsätzlich gebrochen hat, verliehrt er sein dominium utile, und mithin fällt auch aller Grund zur Lehnsnutzung hinweg. Der Lehnherr stellt wegen der begangenen Felonie wider den Vasallen die condict. caussa data, caussa non secuta, an, und bey dieser Klage müssen die Früchte von der Zeit an, da Jemand etwas hätte leisten sollen, aber nicht geleistet hat, zurückgegeben werden c).

Aber die rechtlichen Grundsätze, welche zwischen dem Lehnherrn und Vasallen Statt finden, lassen sich auf das Verhältniß, worin der Käufer eines Lehnstücks gegen den Lehnherrn stehet, nicht anwenden. Der Contract, wodurch der Vasall, als Verkäufer, dem Käufer sein Lehnsstück überläßt, ist unter diesen beyden Contrahenten an sich verbindlich und beständig. Der Käufer, als ein Dritter, kann daher den Besitz und Genuß des Lehnstücks nicht eher verliehren, als wenn der Contract durch richterliches Erkenntniß aufgehoben und annullirt worden ist. Der Lehnherr muß also, wenn das Lehnsstück ohne seine Einwilligung veräußert und tradirt ist, die Reivindication auf die Herausgabe des Lehnsstücks wider den Käufer anstellen. Gesetzt nun aber, der Lehnsherr kann sich wegen der a tempore commissae feloniae zu erstattenden Früchte nicht an dem Vasallen, weil bey demselben alle Zahlungsmittel fehlen, erhohlen, und er nimmt deshalb den Käufer in Anspruch, so kömmt es in Rücksicht der vor der Litiscontestation erhobenen Lehnsfrüchte nach den Grundsätzen des Civil- und Lehnrechtes lediglich darauf an: ob der Käufer zur zur Zeit des geschlossenen Contracts in bona oder mala fide d) gewesen ist?

Im

c) Die L. 7. C. de revocand. donat. stehet nicht entgegen, weil ein zu großer Unterschied zwischen einem donatario und Vasallen Statt hat.

d) Ist der Käufer in gutem Glauben gewesen, so muß ihm der Verkäufer den Kaufschilling erstatten. II. F. 5. in prooem.

Im Zweifel wird bona fides vermuthet, und der Lehnherr muß also malam fidem erweisen. Eine bloße generelle Kenntniß von der Lehnsqualität der angekauften Sache ist aber nicht allein hinreichend, um den Käufer in malam fidem zu versetzen und den Beweis desselben zu führen; sondern es wird dazu eine specielle Wissenschaft von der Lehnseigenschaft, nämlich eine Kenntniß von der Nichtigkeit und Unverbindlichkeit eines mit dem Vasallen ohne lehnsherrlichen Consens über ein Lehnsstück geschlossenen Contracts und der dem Lehnherrn dadurch zugefügten Beleidigung, abseiten des Käufers, erfordert und vorausgesetzt. Nur unter dieser Einschränkung ist eine mala fides anzunehmen, da man selbst bey dem Vasallen nur dann die Felonie für völlig vollbracht ansiehet, wenn er sie vorsätzlich und gleichsam aus Verachtung gegen seinen Lehnherrn begangen hat e). Nach diesen Grundsätzen sprach die Zellesche Justiz-Canzley im Jul. 1797, in S. Anwaldes der Lehncammer c. von Zarenhausen, modo Conrad Jezelmann pto. privationis feudi und zu erstattender Lehnsgefälle, und entband den Letztern von Erstattung der, vor der erfolgten Annullation des Contracts, erhobenen Früchte; weil der Anwald der Lehncammer nicht gezeigt, daß der Käufer von der eigentlichen Lehnseigenschaft des in Frage seyenden Lehnszehntens hinlängliche Kenntniß gehabt, und von der dem Lehnherrn dadurch zugefügten Beleidigung gewußt habe.

e) Boehmer l. c. §. 353.

LVIII. Erörterung.

Die dienstpflichtigen Gutsleute sind nicht schuldig, in Person vom Hofe aus zu dienen.

Die Gutsherren haben sich gewöhnlich bey der ursprünglichen Errichtung des Meiercontracts gewisse Hof- oder Herrendienste von ihren Gutsleuten versprechen lassen, um selbige bey der Oeconomie ihres Hauptgutes zu gebrauchen. Darüber aber, ob diese Dienste vom Hofe aus, nämlich von dem dienstpflichtigen Wirthe persönlich, oder durch seine Hausgenossen, abgeleistet werden müssen? oder ob die dienstpflichtigen Gutsleute auch befugt sind, solche durch gemiethete Tagelöhner verrichten zu lassen? pflegt selten durch Verträge oder rechtliches Herkommen, zwischen dem Gutsherrn und den Gutsleuten, etwas bestimmtes festgesetzt zu seyn. Wo diese oder andere Entscheidungsquellen abgehen, muß also der Entscheidungsgrund aus der Natur der Sache selbst hergenommen werden.

Die Dienste der Gutsleute, Hand- oder Spanndienste, haben den Zweck, daß dieselben bey der Oeconomie des Gutsherrn gebraucht werden, und dessen Gute zum Nutzen gereichen sollen; weil der

der Gutsherr meistens nicht so eingerichtet ist, alle öconomischen Arbeiten mit seinem eigenen Gesinde und Spannwerke zu bestreiten. Hieraus ergiebt sich also, daß auf der einen Seite der Gutsherr berechtigt ist, von seinen Gutsleuten die Stellung tüchtiger Arbeiter, welche die Art der hergebrachten Dienste vollkommen verrichten können, zu fordern; und daß auf der andern Seite die Gutsleute nicht befugt sind, ihrem Gutsherrn, wider dessen Willen, untaugliche Arbeiter zur Ableistung des schuldigen Natural-Dienstes aufzudringen. Wenn indeß die Gutsleute einen fremden tüchtigen Tagelöhner oder Arbeiter auf ihre Kosten zum Dienste stellen, so hat der Gutsherr in der Regel kein Recht, solche zurückzuweisen, und die Verrichtung der Dienste vom Hofe aus zu verlangen. Denn sobald der Dienst gehörig abgeleistet wird, ist das Interesse des Gutsherrn erreicht, und es muß ihm also völlig einerley seyn, ob die schuldigen Hofdienste durch den Hauswirth selbst, dessen erwachsene Kinder, Knechte, oder durch fremde von ihm zur Arbeit gedungene dienstfähige Tagelöhner, ordnungsmäßig verrichtet werden. Nur alsdann, wenn die zum Dienst gestellten Arbeiter zur Ableistung desselben ungeschickt und unvermögend sind, hat der Gutsherr unstreitig ein Widerspruchsrecht.

In ältern Zeiten mögen die Dienste wohl meistens vom Hofe der Dienstleute selbst abgeleistet seyn; allein darauf darf man nicht zurückgehen, weil sich in spätern Zeiten die öconomischen Einrichtungen durchaus verändert haben. Oftmals hat auch ein dienstpflichtiger Gutsmann weder erwachsene Kinder, noch Knechte, die er zum Dienste des Guthsherrn abschicken kann. Sollte er nun keinen tüchtigen fremden Arbeiter stellen dürfen, vielmehr selbst zum Hofdienst erscheinen müssen: so würde darunter sein eigener Haushalt zu sehr leiden, weil der Wirth, sonderlich zu gewissen Zeiten, nicht tagelang aus seiner Wirthschaft entfernt seyn kann. Was übrigens von den Dienstboten Rechtens ist, läßt sich auf die dienstpflichtigen Gutsleute gar nicht anwenden. Die letztern

 sind

sind keine Domestiken ihrer Gutsherren. Das Gesinde darf freilich in der Regel keine andere Person an seine Stelle substituiren; aber bey den Diensten der Gutsleute siehet man nicht, wie bey dem Gesinde, auf deren persönliche Eigenschaften, und folglich können sie auch ihre Dienstobliegenheiten durch fremde taugliche Personen ohne Zweifel ersetzen lassen. Diesem gemäß erkannte das Zellesche Hofgericht am 13. Jul. 1793 in S. des Halbhöfners Meinecke und Cons. zu Thuna wider Franz v. d. Knesebeck zu Wittingen, pto. Dienste, auf folgende Weise: Wenn nun Appellanten den ihnen obliegenden Dienst auch durch Tagelöhner verrichten zu lassen allerdings befugt, und Appellat nur alsdann mit Grunde dagegen protestiren mag, wenn ihm zur Arbeit untüchtige Leute zum Dienst gestellet werden, daß aber dieses der Fall gewesen, dermalen keinesweges constiret; so habt ihr den Appellaten mit seiner angestellten Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen.

Dieses Erkenntniß ward mittelst Senatsbescheides vom 23. Oct. 1793 vom K. Ober-Appellat.-Gerichte lediglich bestätigt.

LIX.

LIX. Erörterung.

Von der bey den Appellationen von den Erkenntnissen des Ober-Gerichts der Stadt Lüneburg, an die höheren Justiz-Collegia, erforderlichen Summe.

1.

Die Stadt Lüneburg hat, wegen der Appellations-Summe, von dem Herzoge Georg Wilhelm am 4ten Januar 1687 ein Privilegium erhalten, worin folgendes wörtlich disponiret ist: „ꝛc. ꝛc. So haben Wir denselben — ein Privilegium de non appellando auf 100 Thaler gnädigst ertheilet; thun dasselbe auch hiemit und in Kraft dieses, setzen und wollen, daß nun hinführo zu allen Zeiten von denen an den Gerichten Unserer Stadt Lüneburg ausgesprochenen und eröffneten Urtheilen, Erkenntnissen, Bescheiden oder Processen, in Sachen, da die Klage und Hauptsache nicht über 100 Thl., sondern 100 Thl. und darunter werth wäre, Keiner, weß Standes er seyn mögte, weder an Uns noch Unsere höchste Gerichte appelliren, suppliciren, noch reduciren soll oder möge, in keine Weise, sondern dieselben Urtheile u. s. w. kräftig und mächtig seyn, stets bleiben, auch vollstrecket und vollenzogen, und an den genannten Gerichten der Stadt L. desfalls ver-

verfahren und procediret werden sollte, wie sichs gebühret. Und ob auch schon, dem entgegen, von einem oder mehr, von einiger Urtheil, die nicht über 100 Thl. wie obstehet, betreffe, appelliret, suppliciret oder reduciret, oder dieselbe Appellation u. s. w. ein oder mehr von Uns und Unseren höchsten Gerichten, auf ungleichen Bericht oder aus anderen unerheblichen Ursachen angenommen würde; so ordnen und wollen Wir doch, daß dieses Unserer Begnadigung unnachtheilig und unabbrüchig, auch dieselbe Appellationen u. s. w., und was darauf fürgenommen werden mögte, ganz kraftlos, untauglich und nichtig seyn solle. u. s. w. f).

2.

Wegen des eigentlichen Sinnes dieser Begnadigung, entstand i. J. 1782 durch folgende Veranlassung ein nachmals zur richterlichen Entscheidung gelangter Zweifel. In einem Processe, worin die Hauptforderung der Klägerin nur 56 Thl. 12 Mgr. betrug, die Verzugszinsen aber zu 100 Thl. und darüber berechnet waren, ward wider ein Erkenntniß des Ober-Gerichts zu Lüneburg, welches die Zinsen absprach, die Appellation an das K. Hof-Gericht zu Zelle eingewendet. Der Magistrat verlangte vorgängig den Beweis der Appellations-Summe von der Klägerin, und da diese behauptete, daß sie die Summe blos dem Ober-Richter zu dociren brauche, so erfolgte der Bescheid: wie man ohne die Befolgung der geschehenen Auflage der Appellation nicht deferiren, sondern auf gegenseitiges Anrufen ferner erkennen werde.

Als das Hof-Gericht hierauf die Acten einforderte, sandte der Magistrat zwar dieselben ein, jedoch mit der ausdrücklichen Pro-

f) Das Privilegium findet sich, seinem ganzen Inhalte nach, abgedrucket b. Pufendorf Proc. Civ. P. 4. Cap. 1. Sect 1. §. 22. Edit. nov. pag. 650 seq.

Protestation, seinem Privilegio dadurch nichts vergeben zu wollen. Zugleich behauptete der Magistrat, daß er allerdings berechtiget wäre, die Darlegung der Summe zu verlangen, und daß Letztere in dem Falle nicht vorhanden sey, indem die Hauptforderung der Klägerin nur 56 Thl. 12 Mgr. betrage, und die aberkannten Zinsen bey Berechnung der Appellations-Summe nicht in Betracht kämen. Das Hof-Gericht fand sich hierdurch bewogen, dem Magistrate folgendes zu rescribiren:

„ꝛc. Wann nun in dem angezogenen Privilegio klar enthalten ist, daß, wenn das aus der Klage und Hauptsache erwachsene Gravamen die Summe von 100 Thl. übersteigen würde, sodann eine Appellation Statt finden sollte, dieses auch gegenwärtig der Fall ist, und wie es solchemnach eurer Seits überall keiner Protestation, am allerwenigsten aber der hinzugefügten Erklärung bedurft hätte, als wird euch solches nicht nur erwiesen, sondern ihr habt euch auch auf die Zukunft dergleichen Aeußerungen zu enthalten."

Dieses Rescript veranlaßte eine bey dem K. O.A.-Gericht angebrachte Beschwerde des Magistrats, in deren Verhandlung der Magistrat vorzüglich auszuführen suchte: daß die in dem Privilegio benannte Summe nur von dem Hauptstuhle, Capitale, oder Hauptgegenstande des jedesmaligen Rechtsstreites, nicht aber auch von den darauf berechneten Verzugszinsen oder Kosten zu verstehen sey. Das Hof-Gericht behauptete hingegen: daß bey Beurtheilung der privilegirten Appellations-Summe, ohne allen Unterschied zwischen Hauptstuhl, Zinsen oder Kosten, lediglich auf das, was im Ganzen in Rechten schwebe, oder, mit anderen Worten: nur darauf gesehen werden müsse, ob der ganze Gegenstand der Klage den Werth von 100 Thl. übersteige.

3.

Für die von dem Hof-Gerichte behauptete Meinung scheint es zu reden, daß mehrere Rechtsgelehrte, welche über den Gerichtsgebrauch

gebrauch des K. und Reichs-Cammer-Gerichts geschrieben haben, den Grundsatz annehmen: es wären ertheilte Appellations-Privilegien strenge auszulegen, und es müßten daher bey Berechnung der Appellations-Summe auch die mit dem Hauptstuhle eingeklagten Zinsen mit in Betracht gezogen werden g). Es ist jedoch dagegen zu bemerken, daß die erwähnten Schriftsteller als Mitglieder des K. und Reichs-Cammer-Gerichts es sich in jedem Falle äußerst haben angelegen seyn lassen, die Gerichtsbarkeit dieses höchsten Gerichtshofes so viel möglich auszudehnen, daher denn auch die Reichsstände mit jenen Behauptungen keinesweges einverstanden sind. Der Rechtsgrundsatz, daß alle Privilegia strenge auszulegen sind, dürfte auch wohl auf Begnadigungen wegen einer gewissen Appellations-Summe nicht unbedingt anwendbar seyn. Genau genommen, ist die der Stadt Lüneburg ertheilte Begnadigung mehr für ein Beneficium Principis, als für ein wahres Privilegium zu halten, indem dabey nicht sowohl jura tertii, als vielmehr nur die Befugnisse des Landesherrn in Betracht kommen, der die Quelle und der Ursprung aller den Justiz-Collegien zur Ausübung mandirten Gerichtsbarkeit ist. Unter dieser Voraussetzung würde, wenn die Sache zweifelhaft wäre, die Lüneburgische Begnadigung, wie jedes andere Beneficium Principis, nicht einschränkungsweise, sondern in Rücksicht auf den Concedenten quam plenissime et latissime zu interpretiren seyn h).

4.

g) Cramer Tom. 1. Observat. pag. 398. Ludolf P. 3. Observat. 288. Nach dem Gebrauche des K. und R. Cammer-Gerichts wird lediglich auf die zu der Zeit der erhobenen Klage schon betagten Zinsen gesehen.

h) L. 3. Dig. de Constit. Princ.
Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.

Berger

4.

Setzet man dieses aber auch ganz bey Seite, so zeiget es sich doch aus andern Gründen, daß der von dem Herzoge Georg Wilhelm gebrauchte Ausdruck: da die Klage und Hauptsache nicht über 100 Thl. Werth wäre, nicht so, wie das HofGericht denselben auslegte, verstanden werden kann. Da der Herzog, wie der übrige Inhalt der Urkunde darlegt, das bis dahin zum größten Schaden der Lüneburger Bürger eingeschlichene schädliche Appelliren in geringfügigen Sachen möglichst einzuschränken gemeinet war; da er wörtlich die Nachgiebigkeit für das Gesuch des Magistrats hierunter damit justificirte, daß er die bekannte gute Justizverfassung der Lüneburgischen Stadt-Gerichte als eine mitwürkende Bewegungs-Ursache zu der ertheilten Concession bemerkte, und besonders hinzufügte, daß der Parthei, welche zu dem dasigen Referenten etwa kein Zutrauen haben mögte, das Beneficium Transmissionis Actorum bevor bleibe; da er ferner dem bis dahin oft bemerkten Uebel, daß die Proceßkosten der in Rechten schwebenden Summe gleich gekommen, ja wohl gar durch die insgemein freventlich vorgenommenen Appellationen selbige überstiegen, steuren wollte, und durch alles dieses eine schleunigere Justiz-Pflege einzuführen gedachte: so lässt sich seine Intention nicht füglich anders als extensiv behaupten, wofern sie nicht zweckwidrig, und also gegen die erste Regel der Interpretation anstoßend, erscheinen soll.

Der

Berger Oecon. Jur. Lib. 1. Tit. 1. §. 25. Not. 2.

Diesem tritt hinzu, daß man von jeher in Deutschland die Appellationen im Ganzen für verderblich gehalten, und deshalb solche durch Bestimmung einer gewissen Summe, unter welcher sie nicht zulässig seyn sollten, zu vermindern und einzuschränken gesucht hat. Pufendorf Proc. Civ. P. 4. Cap. 1. Sect. 1. §. 20.

Der ganze Zusammenhang der Urkunde ergiebt, daß die zukünftige Zulässigkeit der Appellationen möglichst genau hat bestimmet werden sollen, und es heißt ausdrücklich, man wolle eine gewisse Appellations-Summe, unter welcher die Appellation vom Ober-Gerichte unzulässig seyn solle, determiniren. Wer mag es aber für eine gewisse, bestimmte Summe halten, wenn man solche nicht nach dem eigentlichen Gegenstande der Klage und Hauptsache, sondern nach dem zufälligen Betrage der Zinsen und nach allem dem beurtheilen will, was etwa erst in der Folge des Processes dem Antrage des Klägers hinzugefüget wird? Eine Sache über ein mit 5 Procent zu verzinsendes Capital von 80 Thl. würde sodann mit fünfjährigen rückständigen Zinsen inappellabel seyn, durch einen zufälligen Aufenthalt von wenigen Monaten aber appellabel werden. Eben so könnte ein geringer Defect an 100 Thl. sehr leicht durch einen von der Parthei zu suchenden Aufenthalt der Sache und durch die eben dadurch anschwellenden Kosten ergänzet, und auf die Weise eine inappellabele Sache appellabel gemachet werden.

Schwerlich läßt sich so Etwas mit dem Vorsatze, eine gewisse Summe zu bestimmen, Processe abzukürzen, unnütze Kosten zu verhüten, und überhaupt mit der ganzen Absicht des Concedenten, bey Ertheilung des Privilegii zusammenreimen. Gewiß hat also der Herzog bey dem gebrauchten Ausdrucke: Klage und Hauptsache, nur den Hauptgegenstand einer Klage, das Capital nämlich, oder allgemein Obligationem principalem ex Contractu, vor Augen gehabt, keinesweges aber Accessoria, als Zinsen, Schäden, Aufkünfte, Kosten und dergleichen.

5.

Diese Erklärung bestätiget sich auch durch die Landes-Observanz in andern ähnlichen Fällen. Inhalts des dem Hause Braunschweig-

schweig-Lüneburg vom Kaiser Ferdinand III. am 24. November 1648 gegebenen Privilegii, welches in den Herzoglich Braunschweigischen Landen noch gegenwärtig gilt, soll die Appellations-Summe, mit Ausschluß der Früchte, Kosten und Zinsen, allein nach dem Betrage des Hauptstuhls beurtheilet werden i).

Die O.A.G.-Ordnung verordnet dasselbe, und nach eben dem Principio wird auch unstreitig die Appellations-Summe bey den Hannoverischen, Zellischen und Bremischen Justiz-Collegien bestimmet k).

6.

Da übrigens das der Stadt Lüneburg ertheilte Privilegium vom Jahr 1687, mithin von einer Zeit herrühret, wo der

i) Pufendorf. Proc. Civ. P. 4. Cap. 1. Sect. 1. §. 20. Das ganze Privilegium findet sich unter andern abgedrucket hinter der Zellischen Hof-Gerichts-Ordnung.

k) O.A.G.-Ordnung. Th. 2. Tit. 2. §. 1. — „So haben Wir doch aus Uns dazu bewegenden Ursachen solche Summe in künftigen Fällen auf 500 Thl. jedesmaliger Current-Münz determiniren wollen, dergestalt, daß, wenn eine Sache nicht eine solche Summe an Capital austräget, keine Appellation unternommen, noch dieselbe verstattet werden soll. — Diese Vorschrift wird ununterbrochen beobachtet, und nur dann werden bey Beurtheilung der Appellations-Summe Zinsen mit in Anschlag gebracht, wenn dieselben principaliter in litem deduciret sind, oder sonst naturam sortis angenommen haben, wie dieses unter andern in Sachen Müller wider Plate und Soest wider Mengersen von dem K. O.A.-Gerichte festgesetzet ist. S. a. Claproth Bürgerl. Proceß. Th. 2. §. 358. Seite 557.

sogenannte Zinnaische Münzfuß noch in hiesigen Landen galt; bekanntermaaßen aber das Haus Braunschweig-Lüneburg, vermöge des Münz-Recesses vom 16. Jan. 1690 von diesem Münz-Verhältnisse, nebst Chur-Sachsen und Chur-Brandenburg abgegangen ist, und den noch jetzt geltenden sogenannten Leipziger Münzfuß angenommen hat l); so leidet es wohl keinen Zweifel, daß die privilegirte Appellations-Summe auf den gegenwärtigen Münz-Werth reduciret werden muß, nach welchem dieselbe 114 Thl. 6 Ggr. 10 Pf. in ⅔ Stücken beträgt.

7.

Dieses vorausgesetzet, hatte der Magistrat zu Lüneburg allerdings die Befugniß, eine Bescheinigung der Summe zu erfordern, auch, bis diese beygebracht war, die Appellation abzuschlagen m), und zwar um so mehr, da ihm sogar nach den Worten des Privilegii das Recht zustand, bey ermangelnder Appellations-Summe ohne Anstand in der Sache weiter zu verfahren.

Das K. O.A.-Gericht erkannte daher über die Beschwerde des besagten Magistrats wider das Hof-Gericht, mittelst der Sentenz vom 11. September 1790: „Weil vermöge des von weil. Herrn Herzogs Georg Wilhelm zu Braunschw. Lüneb. Gnaden, Unserer Stadt Lüneburg 1687 ertheilten Privilegii de non appellando bey Berechnung der Summe lediglich auf die Hauptsache, mithin keineswegs auf Zinsen, dafern

l) Selchow Braunschw. Lüneb. Privat-Recht. §. 673. a Pufendorf Tom. I. Observat. 159. §. 3.

m) Claproth Bürgerl. Proceß, Th. 2. §. 358. Seite 556.

dafern solche nicht principaliter in litem deduciret worden, Kosten und andere Accessoria zu sehen, dabey auch billig auf den zur Zeit der Verleihung angenommenen Zinnaischen Münz-Fuß, und dessen Verhältniß gegen den jetzigen, Rücksicht zu nehmen ist; so hat sich Unser hiesiges Hof-Gericht darnach bey künftigen Fällen zu achten, und ist demnach das erlassene Rescript, sammt dem darin enthaltenen Verweise, wieder aufzuheben."

LX. Erörterung.

Die Witwen und Kinder der verstorbenen Mitglieder des K. O.A.-Gerichtes stehen, ohne alle Rücksicht auf ihren Wohnort innerhalb der Churlande, so lange die Witwen sich nicht wieder verheirathen, und die Kinder durch veränderte Verhältnisse kein anderes besonderes Forum erhalten, in persönlichen Klagen unter der Gerichtsbarkeit des höchsten Tribunals.

Wegen des Gerichtsstandes der Mitglieder des höchsten Landes-Gerichtes und derselben Witwen, findet sich in der O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 7. folgendes festgesetzet:

„Vor Unser O.A.-Gericht sollen ferner gehören: die Sachen, da ein oder anders Membrum des Gerichts, oder nach dem Tode dessen Witwe, so lange sie zu Celle ihre Wohnung behält, in personalibus angesprochen und gerichtlich belanget wird, als in welchen Sachen sie allein vor demselben zu stehen haben sollen."

Durch

Durch diese Worte der Ordnung scheinet die allgemeine Regel, nach welcher die Witwen und Kinder der herrschaftlichen Bedienten und anderer mit einem befreieten Gerichtsstande versehenen Personen, so lange deren Status nicht verändert wird, das Forum ihrer verstorbenen Ehemänner und Väter in persönlichen Klagen unbedingt beybehalten n), in Rücksicht der von den Mitgliedern des höchsten Tribunals hinterlassenen Witwen und Kinder lediglich auf den Fall eingeschränkt zu seyn, wenn Letztere den Wohnort ihrer Ehemänner zu Celle nicht verändern.

Alle Zweifel wegen dieses Gegenstandes werden jedoch durch den deutlichen Inhalt einer bald nach Publication der O.A.G.-Ordnung ergangenen authentischen Erklärung der angezogenen Gesetzstelle gänzlich gehoben.

Bey der Gelegenheit, als im Jahre 1716, nach dem zu Lüneburg erfolgten Tode des O.A.-Raths Tobias Reimers, dessen zu Lüneburg wohnenden Witwe mit den Kindern erster Ehe in Rechtsstreitigkeiten gerieth, und diese vor dem K. O.A.-Gerichte angebracht wurden, fand das Gericht es erfor-

n) Martin Proc. Tit. 2. §. 2. Nr. 73.
Mevius Part. 4. Decis. 117. P. 8. Dec. 459.
Schöpf Digest. Lib. 5. Tit. 1. Nr. 70.
Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß. Th. 1. §. 42. Seite 148 und
a Pufendorf Tom. 2. Observat. 93. Der letztgedachte Schriftsteller hält jedoch an einem andern Orte, nämlich: Tract. de Jurisdict. Germ. P. 3. Sect. 2. Cap. 1. §. 46. und Animadvers. Jur. T. 1. Nr. 16. dafür, daß aller befreieter Gerichtsstand der herrschaftlichen Bedienten mit deren Tode aufhöre, wofern nicht eine besondere Würde der Grund desselben gewesen sey.

erforderlich, mittelst Berichts vom 28. December 1716, bey Sr. Königl. Majestät wegen der Competenz des Gerichtsstandes anzufragen, wobey denn unter andern folgendes gesaget ward:

„Es stehet fast nicht anders zu vermuthen, als daß es mit dem Passu der O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 7. keine andere Meinung gehabt, als daß nur die Witwen, wenn sie ihren Witwen-Stuhl verrücken, und also deshalb an andere Orte ziehen, solches Fori verlustig seyn sollen; maßen sonsten die Membra dieses Collegii darin pejoris conditionis als die Räthe bey den andern Gerichten und Justiz-Canzleien, solches auch so viel empfindlicher seyn würde, indem sie amtshalber und wider ihren Willen zu Zeiten ein und anderes Membrum von den andern Gerichten sich zu Feinde machen, und dahero besorgen müssen, daß solches nach ihrem Tode den Ihrigen etwa nachtheilig seyn könnte. Da aber bey dem allen dieser Punct mehr beregter Ordnung wohl einiger Explication bedarf, und sonsten in specie in künftigen Fällen noch mehreren Anstoß geben mögte; so haben, zu Vorkommung dessen, an Ew. K. M. uns zu wenden, wir der Sachen Beschaffenheit nach am zuträglichsten gehalten, allerunterthänigst ansuchend: Ew. K. M. wollen allergnädigst geruhen, nicht nur die vorhabende Administrirung der Justiz in erwähnter Reimerschen Sache, allergnädigst zu approbiren, sondern auch durch Dero höchste Declaration des angezogenen § dieses fest und außer aller Ambiguität zu setzen: daß auf gleiche Weise, als bey den Canzleien, der Räthe Witwe und Kinder, so lange sie Statum et conditionem nicht ändern, wenn sie gleich an einem andern Orte im Lande sich aufhalten, ihrer resp. Männer und Väter forum in personalibus behalten, also ratione der Membrorum dieses Ew. K. M. höchsten Gerichts eben dasselbe beständig observiret, und mehrerwähnter Passus solchergestalt verstanden und interpretiret werden solle."

Hierauf

Hierauf ergieng am 9ten Januar 1717 folgendes Königliches Rescript an das höchste Tribunal:

„Nun approbiren Wir nicht allein die bey dortigem Gericht vorhabende Administrirung der Justiz in besagten Reimerschen Zwistigkeiten, sondern sind auch allergnädigst zufrieden, daß Ihr den ratione competentiae fori in der O.A.G.-Ordnung, Th. 2. Tit. 1, enthaltenen §. 7. auf die von Euch erwähnte Maaße in Unserm Namen declariren, und solche Declaration gehörig kund machen möget o)."

Es hat solchergestalt keinen Zweifel, daß die Witwen und Kinder der verstorbenen Mitglieder des O.A.-Gerichts, so lange in Rücksicht ihrer keine Veränderung der Verhältnisse eintritt, in persönlichen Klagen den Gerichtsstand ihrer Ehemänner und Väter beybehalten, ohne daß die Wohnung in- oder ausserhalb der Stadt Zelle hierbey etwas entscheidet.

o) Das Original dieses Rescripts findet sich am Ende des 3ten Volum. der die Verfassung der O.A.G.-Ordnung betreffenden Acten, welche in der Extrajudicial-Registratur des höchsten Tribunals aufbewahret werden.

LXI. Erörterung.

Von den Nothfristen oder Fatalien in den Ehe-Sachen, welche an das Königl. O.A.-Gericht gebracht werden.

Zur Erläuterung der O.A.G.-Ordnung
Th. 2. Tit. 1. §. 3.

Die zur Einführung und Prosecution der an das K. O.A.-Gericht gelangenden gewöhnlichen Appellationen in Civil-Sachen vorgeschriebenen Nothfristen sind bekanntlich an gewisse Diäten gebunden, und zwar so, daß der Appellant das bey dem vorigen Richter erwählte Rechtsmittel in der auf die Interposition nächstfolgenden, oder, Falls bis dahin keine volle 4 Wochen übrig seyn sollten, in der dann unmittelbar eintretenden Juridic oder Diät bey dem höchsten Tribunale gehörig einführen muß p).

Bey den Appellationen in Ehe-Sachen findet diese Regel jedoch eine Ausnahme; denn in Betreff derselben ist folgendes allgemein verordnet:

„Doch soll in Ehe-Sachen, wenn zumal solche geringe Leute betreffen, — kein weitläuftiger Proceß verstattet, sondern nur die Acta

p) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 2. §. 7.

Acta in Originali abgefordert, die Gravamina, welche der Appellant in 4 Wochen einzubringen schuldig, mit den Acten bey nächster Diät erwogen, und darauf nach Befindung alsofort, was recht ist, geurtheilet werden q)."

In Gemäßheit dieser Vorschrift müssen alle Appellationen in Ehe-Sachen binnen 4 Wochen nach der Publication oder Insinuation des vermeintlich beschwerenden Erkenntnisses eingeführet, und der Strenge nach auch gerechtfertiget werden. Wird diese 4 wöchentliche Nothfrist nicht beobachtet, so ist das Rechtsmittel desert. Hiernach wird bey dem K. O.A.-Gerichte ohne Ausnahme verfahren, so wie denn auch die zu der Rechtfertigung der in Ehe-Sachen eingeführten Appellationen etwa gebetenen Fristen immer nur von vier Wochen zu vier Wochen ertheilet werden. Zweifelhaft könnte es vielleicht mancher Parthei scheinen: ob die besagte 4 wöchentliche Nothfrist auch bey dem wider die Erkenntnisse des K. O.A.-Gerichts in Ehe-Sachen einzuwendenden Remedio restitutionis in integrum zu beobachten sey, weil die O.A.G.-Ordnung hierüber nichts ausdrücklich festsetzet.

Es fällt dieser Zweifel jedoch weg, wenn man erwäget, daß jene Nothfrist ganz allgemein vorgeschrieben ist; daß der Grund der Verordnung, nämlich die vorzügliche Beförderung der Ehe-Sachen, sowohl bey dem Gebrauche des Rechtsmittels der Restitution als der Appellation, gleich zutreffend erscheinet, und daß sich also keine zureichende Ursache gedenken lässet, warum die Nothfristen beider Rechtsmittel von einander verschieden seyn sollten.

Mehrfältig ist daher, wenn dergleichen Fälle vorkamen, von dem K. O.A.-Gerichte angenommen, daß das Remedium restitutionis in integrum wider die von dem höchsten Tribunale

q) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 3.

bunale in Ehe=Sachen abgegebenen Entscheidungen binnen vier Wochen nach der Insinuation, Publication oder erhaltenen Wissenschaft des vermeintlich gravirenden Erkenntnisses, bey Vermeidung des Verlustes, eingewendet werden müsse. In Gemäßheit dessen ward unter andern in Sachen Magerhans zu Geismer wider dessen Ehefrau, geb. Seboden daselbst, in pto. Divortii, nunc Spolii, am 10. September 1799 in Pleno erkannt: „Weil das in Ehe=Sachen vorgeschriebene Fatale von vier Wochen bey der Interposition des Remedii nicht beobachtet worden, so wird das eingewandte Remed. restitutionis in integrum damit für desert erkläret."

LXII. Erörterung.

Das höchste Tribunal erkennet aus dem Grunde, weil der Erblasser in verschiedenen Landesprovinzen canzleysäßige Güter besessen hat, keine Edictalcitation.

Nach dem unbestrittenen hiesigen Gerichtsgebrauche findet die Edictal-Ladung nicht blos in dem Falle Statt, wenn der Erbe die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, sondern auch alsdann, wenn ihm überhaupt daran liegt, den ganzen Schuldenbestand des Verstorbenen und alle andere unbekannte Ansprüche, welche bey dessen Leben nicht gemacht sind, zu seiner Sicherheit genau zu erforschen r). Recht viel hilft zwar eine solche Ladung dem Erben wenigstens in dem Falle nicht, wenn die Verlassenschaft von der Art ist, daß er sie gern annimmt und behält, weil den Erbschaftsgläubigern, welche sich mit ihren Ansprüchen oder Forderungen nicht gemeldet haben, die Präclusion niemals ent-

r) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 86. §. 2. Fratr. Becmanorum Consilia. P. 1. resp. 9. Klügel de caussis citationis edictalis. Vit. 1791.

entgegen gesetzt werden kann, so lange sich der Erbe noch in lucro der Erbschaft befindet s).

Gewöhnlich pflegt die Edictalcitation, wenn man solche nöthig achtet, bey demjenigen Richter nachgesucht und erkannt zu werden, unter welchem der Verstorbene entweder vermöge seines Wohnorts, oder persönlich befreieten Gerichtsstandes, sortirte. Die Competenz dieses Richters, edictaliter zu citiren, hat auch in dem Falle gar keinen Zweifel, wenn die Erbschaft noch nicht angetreten ist, weil solche sodann noch immer den Verstorbenen vorstellt t); und aus diesem Grunde kann auch der Richter, worunter der Verstorbene stand, völlig unbekannte oder abwesende Erben edictaliter auffordern u). Weit zweifelhafter wird indeß die Frage: welcher Richter die Edictalcitation zu erkennen hat, wenn die Erbschaft wirklich angetreten ist; oder wenn mehrere Erben vorhanden sind, welche in verschiedenen Provinzen hiesiger Lande ihren Gerichtsstand haben; oder wenn der Nachlaß selbst unter verschiedenen Jurisdictionen und in verschiedenen Landesprovinzen liegt?

Sowohl der befreiete, als der Gerichtsstand des Wohnorts des Verstorbenen, sind blos persönlich, und erlöschen mit dem Tode des Erblassers völlig. Der Erbe tritt nicht anders in den Gerichtsstand desselben, als wenn in persönlichen Klagen der Proceß mit dem Verstorbenen schon angefangen, oder wenn derselbe wegen der Verwaltung fremder Geschäfte verbindlich war,

s) a Pufendorf l, c. §. 4.

t) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 156.

u) Trützschler Anweisung zu Abfassung rechtl. Aufsätze. Th. 1. S. 516. Glück im Commentar. §. 223.

war x), oder wenn der verstorbene an einem andern Orte einen Contract geschlossen hat y). Der Gerichtsstand des Sterbehauses ist mit von Pufendorf z) selbst alsdann für eine bloße Erfindung der Rechtsgelehrten zu halten, wovon die Gesetze nichts sagen, wenn auch die Erbschaft noch nicht unter die Erben getheilt ist a). Denn sobald der Erbe die Erbschaft des Verstorbenen angetreten hat, muß der eigene Wohnsitz des Erben auch als der Wohnsitz des Erblassers angesehen werden, wenn man behaupten will, daß der Erbe den Erblasser vorstellt, und für eine Person mit ihm zu achten ist. Der Erbe ist also, weder das forum domicilii noch privilegiatum seines Erblassers, da beyde mit dessen Tode von selbst aufhören, in der Regel anzuerkennen, schuldig; er muß vielmehr in seinem eigenen foro, mithin da belangt werden, wo er entweder seinen Wohnsitz oder persönlich befreieten Gerichtsstand hat, oder wo die in Anspruch zu nehmende Sache belegen ist, in foro rei sitae.

Hieraus folgt aber von selbst, daß der Richter des Wohnorts oder persönlich befreieten Gerichtsstandes des Verstorbenen an sich nicht befugt ist, edictaliter zu citiren, weil er kein Recht hat, den Erben privatim vorzuladen, wenn derselbe nicht etwa

x) L. 19. §. 1.; L. 36. §. 1. D. de judiciis L. 1 et 2. C. vbi de ratiocin.

y) L. 19. pr. de judic. ist blos von dem Gerichtsstande des Contracts zu erklären. Von den Fällen, wo der Erbe schuldig, oder nicht schuldig ist, den Gerichtsstand seines Erblassers anzuerkennen, s. m., insbesondere Glück a. a. O. §. 510 und 515.

z) Tom. 3. Obs. 156. §. 1.

a) Glück a. a. O. §. 115.

etwa zufällig mit dem Erblasser unter dem nämlichen Gerichtsstande stehet. Die Edictal-Ladung enthält eine allgemeine Aufforderung zur Klage, und mithin kann sie eigentlich nur von demjenigen Richter erlassen werden, welcher die Befugniß hat, den provocirenden Erben privatim zu citiren b). Vermöge dieser Gründe wird man daher wohl die Regel festsetzen dürfen: daß nur derjenige Ober- oder Unterrichter, wenn die Erbschaft angetreten ist, wegen unbekannter Erbschaftsansprüche edictaliter citiren kann, unter welchem entweder die Güter belegen sind, oder vor welchem der Erbe sein domicilium oder forum privilegiatum hat. Der Richter des Wohnorts oder persönlich befreieten Gerichtsstandes des Erben ist allezeit competent, weil in dem foro domicilii, nach der richtigern Meinung c), alle dingliche oder persönliche Klagen angestellt werden können; der persönlich befreiete Gerichtsstand aber in die Stelle des fori domicilii eintritt, und, wer den erstern hat, nicht verbunden ist, sich bey dem letztern einzulassen.

Indeß leidet es doch keinen Zweifel, daß der Erbe den Gerichtsstand des Erblassers und des Sterbehauses anerkennen, und mithin, unter Begebung seines eigenen Gerichtsstandes, die Gerichtsbarkeit auf den Richter des Verstorbenen freiwillig erstrecken, und bey demselben um die Erkennung einer Edictalcitation nachsuchen kann, zumal in dem Falle, wenn beyde Richter demselben Landesherrn unterworfen sind d).

Gesetzt

b) Fratr. Becmanor. Consil. l. c. Danz Grundsätze des summar. Processes. §. 74. Klügel progr. de judice edictaliter citante. Vit. 1791.

c) Glück a. a. O. §. 515.

d) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 156. §. 3. Glück a. a. O. §. 206 und 207. Eine Prorogation des Gerichtsstandes des Verstorbe-

Gesetzt aber, die Erbschaft ist von mehrern Erben angetreten, von welchen jeder unter einem andern Richter stehet, und selbst das erbschaftliche Vermögen liegt unter ganz verschiedenen Jurisdictionen, bey welchem Richter muß alsdann die Edictal-Ladung nachgesucht und erkannt werden? Da der Gerichtsstand des Verstorbenen in Rücksicht der Erben, nach angetretener Erbschaft, auch alsdann nicht weiter für begründet gehalten werden kann, wenn gleich die Erbschaft noch ungetheilt vorhanden ist e); so müßte eigentlich, der obigen Ausführung zu Folge, die Edictal-Ladung bey jedem Richter besonders nachgesucht werden, worunter die verschiedenen Erben stehen. Ein jeder siehet aber leicht ein, wie kostbar und umständlich das seyn würde. Die unbekannten Ansprüche, welche durch die Edictal-Ladung erforscht werden sollen, können auch von der Art seyn, daß gegen alle Erben aus einem und demselben Rechte, z. B. der Erblasser hat sein gesammtes Vermögen verpfändet, ex jure hypothecario vel ex obligatione personali, geklagt werden müßte. Dergleichen Ansprüche sollen aber nicht getheilt, sondern von einem Richter entschieden werden, und dieser kann, der Natur der Sache nach, kein anderer seyn, als der gemeinschaftliche Oberrichter f). Stehen daher die Erben unter verschiedenen Aemtern und Gerichten, oder der Nachlaß befindet sich unter verschiedenen amtssässigen Jurisdictionen; so muß die Edictalcitation in der Regel bey den Justiz-Canzleyen oder

storbenen tritt gewöhnlich alsdann ein, wenn die Erbschaft c. beneficio legis angenommen wird, weil sodann der Erbe annoch bey sich überlegt, ob er dieselbe behalten, oder lieber an die Gläubiger abtreten will; und daher pflegt die Edictalcitation bey den Richter, worunter der Erblasser stand, freiwillig nachgesucht zu werden.

e) Koch in disp. de foro heredis. §. 18 seq. Glück a. a. O. §. 515.

f) Danz Grundsätze des ordentl. Processes. §. 33.

oder Hof-Gerichten, und wenn die Erben unter verschiedenen Landesobergerichten stehen, oder die erbschaftlichen, canzleysässigen Güter in mehrern Landesprovinzen zerstreuet liegen, bey dem höchsten Tribunale nachgesucht und erkannt werden g).

Inzwischen pflegt doch das Ober-Appellations-Gericht in solchen Fällen die Edictalcitation nicht selbst zu erkennen. Die Absicht dieser Ladung gehet besonders dahin, daß sich die Erben gegen unbekannte Ansprüche sicher stellen wollen; und mithin ist die Edictalcitation, als Provocation betrachtet, blos präparatorisch. Es soll dadurch der Verhandlung der Hauptsache gleichsam nur der Weg gebahnt werden. Das Tribunal ist aber eigentlich nur den Appellationssachen gewidmet h), und die ganze Organisation desselben erlaubt es nicht füglich, dergleichen Erbschaftssachen anzunehmen. Nur dann, wenn der Fall einer wahren continentia caussae vorhanden ist, die Klage mag theilbar oder untheilbar seyn, muß dasselbe die Sache annehmen i). Ob aber unter den unbekannten Ansprüchen und Forderungen eine Continenz eintreten wird? kann man nicht im Voraus bestimmen; und wenn sie demnächst wirklich vorkommen sollte, so bewürkt doch auch die in der Edictal-Ladung liegende allgemeine Aufforderung zur Klage durchaus keine Prävention k); mithin behält der Gläubiger oder Provocat noch immer die Befugniß, unter mehrern zuständigen Richtern bey der Verhandlung der Sache selbst zu wählen, und

g) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 156. §. 1 und 2.

h) O.A.G.-Ordn. Th. 2. Tit. 1. pr.

i) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 8. a Pufendorf Tom. 1. Obs. 153.

k) Danz Grundsätze der summar. Processe. §. 74.

und seine Forderung propter continentiam beym Ober-Appellations-Gerichte ein- und auszuführen. Es müssen daher die Erben die Erkennung der Edictalcitation entweder in ihrem eigenen, oder in dem Gerichtsstande ihres Erblassers, oder da nachsuchen, wo der größte Theil der Güter desselben belegen ist l). Hiernach ward auch am 13ten Jun. 1800, auf das Gesuch der Gebrüder Freiherren Grote, um Erlassung einer Edictalcitation vom höchsten Tribunale erkannt.

l) urg. leg. 66. §. ult. D. ad Sct. Trebell.

LXIII. Erörterung.

Auch nach dem Gebrauche des Remedii restitutionis in integrum, ist in gewissen Fällen die Querela nullitatis zuläßig.

I.

Inhalts der O.A.G.-Ordnung sind gegen die Erkenntnisse des höchsten Tribunals das Remedium restitutionis in integrum, und Querela nullitatis zugelassen, jedoch mit dem wörtlich dahin lautenden Zusatze:

„Daß zwar einem jeden frei bleibe, sothane Beneficia zu cumuliren m), wer aber des Einen sich angenommen, nachmals zu dem Anderen nicht schreiten, also den Rechts-Streit unendlich machen könne n).“

Diese

m) Eine solche Cumulation ist nicht allein bey den übrigen hiesigen Landes-Gerichten, sondern auch bey dem K. und R. Cammer-Gerichte verstattet. v. Blum Proc. Cam. Tit. 57. §. 11.

n) s. O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 14. §. 1. Practische Erörterungen, Band. 1. Erörter. 45. S. 228.

Diese gesetzliche Vorschrift ist so bestimmt, und der derselben untergelegte Grund, nämlich die Abwendung der Vervielfältigung der Instanzen bey dem höchsten Gerichte, ist so allgemein, daß wohl schwerlich in irgend einem Falle die Querela nullitatis gegen ein Erkenntniß des höchsten Tribunals, nach einmal gebrauchtem Remedio restitutionis in integrum, für zulässig erachtet werden dürfte.

2.

Bey den übrigen Landes-Gerichten, deren Gerichts-Ordnungen in diesem Stücke mit der O.A.G.-Ordnung nicht übereinstimmen, ist die Sache aus einem andern Gesichtspunkte zu beurtheilen.

Wer sich des Rechtsmittels der Restitution bedienet, nimmt an, daß das von ihm angefochtene Erkenntniß dem strengen Rechte gemäß, und nur ex aequitate ob causas novas abzuändern sey.

Dem Gegentheile scheint aus diesem Anerkenntnisse ein jus quaesitum zum erwachsen; und der Vicepräsident von Pufendorf hält daher im Allgemeinen dafür, daß, nach dem Rechtsmittel der Restitution, der Gebrauch der Nichtigkeits-Beschwerde gänzlich wegfalle o).

Schwerlich kann jedoch diese Behauptung ganz unbedingt angenommen werden. Es findet dieselbe vielmehr alsdann eine Ausnahme, wenn entweder in der Restitutions-Instanz solche Nova, die eine Nullität zu begründen im Stande waren, von dem Richter übergangen sind; oder wenn überhaupt eine auch schon vorhin urgirte offenbare Nichtigkeit in den Acten vorhanden ist.

3.

o) a Pufendorf Tom. 4. Observat. 225.

3.

Wenn in der Restitutions-Instanz ein solches Novum, woraus eine Nichtigkeit der vorigen Erkenntnisse sich ergiebt, übergangen ist; so findet die Querel in der Rücksicht noch Statt, weil in dem Falle nicht die vorhin als dem strengen Rechte gemäß anerkannten älteren Entscheidungen ex capite nullitatis angefochten werden, sondern einzig und allein das letzte in der Restitution abgegebene Erkenntniß einer Nichtigkeit beschuldiget wird. Wegen der Uebergehung eines jeden erheblichen Novi, solam iniquitatem inferentis dürfte hingegen ein weiteres Rechtsmittel nicht für statthaft zu halten seyn, weil sonst immer noch nach gebrauchter Restitution, wozu allezeit Nova erforderlich sind p), der Recurs an den Oberrichter, der O.A.G.-Ordnung zuwider q), offen stehen würde.

4.

Darüber, ob die Querel nach gebrauchter Restitution, wegen einer jeden, auch schon vorhin urgirten Nullität, zulässig sey? findet sich in den hiesigen Landen keine gesetzliche Vorschrift. Die Observanz, worauf es diesemnach einzig ankömmt, setzet aber die Zulässigkeit der Querel in dem eben gedachten Falle außer Zweifel.

Am 27. October 1751 erhielten die Viethsche Witwe und Erben, welche sich darüber beschwerten, daß dem Posthalter Fahlbusch von der Justiz-Canzley zu Hannover, nach der Restitutions-Instanz, die Nichtigkeits-Querel verstattet sey, von dem Königl. O.A.-Gerichte einen Abschlag, aus dem Grunde:

„Weil die Nullitäten-Klage in der Calenbergischen Canzley-„Ordnung als ein besonderes Rechtsmittel zugelassen sey."

Ferner

p) Pufendorf Proc. Civ. P. 4. Cap. 4. §. 8.

q) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 6. Nr. 4.

Ferner ergieng unterm 6ten November 1755 an die K. Justiz-Canzley zu Hannover folgendes Rescript:

„Wir haben aus der vom Schatzrathe von Bock wider „die Witwe Falcken hier eingebrachten Appellation wahrgenom„men, daß ihr die von demselben zur Hand genommene Querelam „nullitatis um deswillen nicht zulassen wollen, weil er sich schon „vorhin des Remedii restitutionis in integrum bedienet gehabt. „Es ist nun zwar sothane Appellation abgeschlagen worden; nach„dem, aber so viel die Querelam nullitatis betrifft, selbige ver„möge der Canzley-Ordnung ein von der Restitutione in in„tegrum ganz unterschiedenes Remedium ist, folglich es keinen „Zweifel haben kann, daß dieselbe nach erledigter Restitutions„Instanz annoch zulässig sey, wie ihr dann auch solche in andern „Sachen, als unter andern in S. Vieth wider Fahlbusch, „wirklich successive verstattet habt, und was in Unserer O.A.G.„Ordnung desfalls enthalten, bey euch keine Zueignung finden „mag; so habt ihr in euren Erkenntnissen hinführo ein Gleiches „zu beobachten, mithin die Partheien eveniente casu mit der „Querela nullitatis auch nach der Restitutions-Instanz zu ad„mittiren."

Den 25. Mai 1768 ward der K. Justiz-Canzley zu Hannover abereinst rescribiret:

„Daß man in S. Wietersheim wider Wietersheim „desfalls, weil in dieser blos auf Factis beruhenden Sache eine „Nullität gar nicht zu gedenken stehe, die Querela nullitatis für „unstatthaft erkläret, mithin von der in S. Bock wider Fal„cken ertheilten Vorschrift abgehen zu wollen, keineswegs die „Absicht gehabt."

In Sachen der K. Krieges-Canzley wider die Gevattern von Lüden erkannte des K. O.A.-Gericht respect. 1774 und

und 1776 ex capite nullitatis Processus, und hob alle vorigen Erkenntnisse auf, obgleich die Krieges-Canzley bereits die Supplication und Restitution gebrauchet, und die bey der hiesigen Entscheidung zum Grunde gelegte Nullität schon vor der ersten Sentenz urgiret hatte.

Endlich verfuhr das K. O.A.-Gericht auf gleiche Weise, durch die am 13. September 1788 eröffnete Sentenz, in Sachen der Gemeinde Rittrum Querulantin wider die Gemeinde Großen-Knethen Querulatin, wegen Torfstichs. Diese durch die angeführten Fälle bestätigte gerichtliche Observanz rechtfertiget sich auch dadurch, daß L. un. Cod. ne liceat in una eademque causa drey unterschiedene Gerichte supponiret r); daß ferner das Jus Canonicum, post III. Sententias conformes die Querel. nullitatis post executionem zulässet s); und daß endlich bey dem Kaiserl. u. Reichs-Cammer-Gerichte gegenwärtig sogar die Revision nach der Restitution Statt hat t).

Es ist solchergestalt allerdings anzunehmen, daß jede offenbare Nullität noch nach Gebrauche des Remedii rest. in integrum abgeändert werden kann.

r) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. Bed. 30.

s) Clement. 1. de Sent. et re judic.

t) a Pufendorf Tom. 4. Obser. 225.

LXIV. Erörterung.

Von den Appellationen und Nichtigkeitsbeschwerden, welche in Criminalsachen an das höchste Tribunal gelangen.

Die Lehre von der Appellation in peinlichen Fällen, nach den hiesigen Provinzial-Rechten, hat der verstorbene Vicepräsident von Pufendorf verschiedentlich erläutert u) und gezeigt, daß in geringern Strafsachen, wo die Strafe in den Gesetzen nicht ausdrücklich bestimmt, sondern dem vernünftigen billigen Ermessen des Richters überlassen ist, und nur mit Gefängniß, Geldbuße und dergl. geahndet wird; oder wenn sich sonst Jemand über das richterliche Verfahren, z. B. wegen erkannter Special-inquisition, Confrontation u. s. w. beschweret hält, die Berufung an das höchste Tribunal zuläßig sey x). Die Anwendbarkeit und Zuläßig-

u) in Obferv. Tom. 3. Obf. 100 u. 195. Tom. IV. Obf. 102. M. s. auch Pufendorf in proc. crim. Br. Luneb. Cap. 4. §. 24. nnd Cap. 22.

x) Von den Patrimonialgerichten, welche mit der peinl. Gerichtsbarkeit versehen sind, gehen die Appellationen zunächst an die

 Justiz-

lässigkeit der Appellation in dergleichen geringen peinlichen Fällen und Strafsachen ist überhaupt keinem Zweifel unterworfen y).

So oft indeß von einem solchen peinlichen Verbrechen die Rede ist, worauf die Gesetze ausdrücklich eine bestimmte Lebens- oder Leibesstrafe — poena corporis adflictiva — gesetzt haben, findet in der Regel, nach der Ober-Appellat.-Ger-Ordn. Th. 2. Tit. 1. §. 2., die Appellation keine Anwendung, und statt derselben muß das Rechtsmittel einer weitern Vertheidigung gewählt

Justiz-Canzleyen, welchen die unmittelbare Aufsicht über die Verwaltung der Criminaljustizpflege der Patrimonialgerichte, mit Ausschluß solcher Gegenstände, welche allein zur landesherrlichen Criminalgewalt gehören, unstreitig zukommt. a Pufendorf Tom. 1. Obs. 152. Pufendorf in proc. crim. C. 22. §. 5. Bey dergleichen Appellationen kommt es auch nicht gerade auf Nullitäten allein an, sondern wenn das peinl. Erkenntniß wirklich beschwerend für den Angeschuldigten ist, so können die Beschwerden, wie in Civilsachen abgeändert werden; denn die Patrimonialgerichte sind gewöhnlich nicht mit einer genugsamen Anzahl von Richtern versehen. Indeß muß bey dergleichen Appellationen das decendium ebenfalls beobachtet werden, und wenn es verabsäumt ist, wollen verschiedene der Appellation nicht anders deferiren, als wenn Nullitäten deducirt werden können.

y) Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. §. 780. In allen solchen Fällen, worauf die Gesetze keine bestimmte Leibes- oder Lebensstrafe gesetzt haben, und wo die Bestrafung blos dem richterlichen Ermessen überlassen ist, findet die Appellation Statt, und es kommt dabey nicht auf Nullitäten an; vielmehr kann das Ober-Appellations-Gericht, wenn das Straferkenntniß wirklich beschwerend ist, die gravamina, wie in Civilsachen, abstellen, ohne grade auf Nullitäten, oder denselben zu äquiparirende Iniquitäten zu achten.

gewählt werden. Nur durch die Einwendung der Nichtigkeits-Beschwerde kann eine solche Criminalsache an das höchste Tribunal gelangen, welcher Weg dem Angeschuldigten auch in dem Falle noch immer offen stehet, wenn er mit dem Rechtsmittel einer weitern Vertheidigung seinen Endzweck nicht erreicht hat. Der Grund, weshalb nach der Vorschrift der Tribunals-Ordnung in dergleichen Criminalsachen keine Appellation, sondern blos die Nichtigkeitsbeschwerde Statt haben soll, liegt wohl insonderheit mit darin: weil die Justiz-Canzleyen, welchen die peinliche Rechtspflege aufgetragen ist, mit einer genugsamen Anzahl tüchtiger Richter versehen sind, von welchen zu vermuthen und zu erwarten ist, daß sie nach Vorschrift der Gesetze in peinlichen Sachen werden verfahren und erkannt haben.

Wenn indeß ein Angeschuldigter appelliren oder zeigen will, daß der peinliche Richter nichtig verfahren oder erkannt habe z), so muß derselbe binnen der gewöhnlichen Zeit von zehn Tagen seine vermeintlichen Beschwerden einbringen und zugleich rechtfertigen, oder die Gründe deduciren, woraus er die Nichtigkeit des peinlichen Verfahrens und Erkenntnisses zeigen zu können glaubt a). Sind diese zehn Tage verflossen, ohne ein Rechtsmittel wider das eröffnete peinliche Erkenntniß einzulegen; so ist das Urtheil entweder ein lossprechendes oder verdammendes. Jenes wird nach dem Verlaufe von zehn Tagen rechtkräftig, und es kann nicht weiter angefochten werden, ohne zu unterscheiden, ob dasselbe im accusatorischen oder inquisitorischen Processe ergangen ist; dieses hingegen gehet auch nach dem Ablaufe von

 zehn

z) Von den Nichtigkeiten des peinl. Processes überhaupt sehe man Henr. Gröning disp. de eo, quod justum est circa nullitates judicii criminalis. Gott. 1795.

a) O. A. G.-Ordn. a. a. O.

zehn Tagen nicht in die Rechtskraft über; wenigstens muß der Oberrichter gegen den Ablauf des decendii, allezeit die Restitution ertheilen, weil es die auf Vernunft und Billigkeit gegründete Absicht des Gesetzgebers ist, keinen Unschuldigen bestrafen zu lassen b). Kein Unterrichter darf daher sein condemnatorisches Erkenntniß aus dem Grunde vollstrecken lassen, weil es durch den Ablauf von zehn Tagen rechtskräftig geworden sey; sobald nur der Verurtheilte erklärt, seine Unschuld, oder geringere Strafbarkeit bey dem Oberrichter ausführen und zeigen zu wollen. Denn der Unterrichter darf er nicht beurtheilen, ob der Inquisit entweder eine gänzliche Aufhebung des Urtheils, oder doch wenigstens eine Milderung der erkannten Strafe bey dem Oberrichter zu bewirken im Stande seyn wird, oder nicht.

Wenn aber eine Criminalsache entweder auf dem Wege der Appellation, oder der Nichtigkeits-Beschwerde an das höchste Tribunal gelangen und gebracht werden soll; so muß der Angeschuldigte, Verurtheilte, oder dessen Vertheidiger allezeit eine treue Geschichtserzählung und eine möglichst vollständige Darstellung alles dessen, was bisher in dem peinlichen Processe ergangen und verhandelt worden, einbringen; seine vermeintlichen Beschwerden deutlich aufstellen, und solche mit den Gründen unterstützen, wodurch er seine Unschuld oder mindere Strafbarkeit zeigen und beweisen zu können glaubt. Nach der Ordnung sollen zwar, auf die eingebrachten gravamina, die Untersuchungsacten von dem judicio a quo sofort in Originali abgefordert werden. Allein diese Stelle der O.A.G.-Ordnung ist stets dahin verstanden, daß der Angeschuldigte oder Verurtheilte nicht blos seine vermeintlichen Beschwerden aufzustellen und innerhalb zehn Tagen einzubringen brauche; sondern daß er zugleich eine vollständige Species facti vor-

b) Kleinschrod über die Rechtskraft peinl. Urtheile; in Kleins und des erstern Archive des Criminalrechts. B. 2. St. 3. S. 20 ff.

voranschicken und die Beschwerden selbst deduciren müsse. Dieses ist auch dem Criminalproceßgange völlig angemessen, weil es sonst der Oberrichter gar nicht beurtheilen kann, ob die Beschwerden von Anschein, oder ob sie ganz unerheblich sind? denn zeigt sich das Letztere aus dem eigenen vollständigen Vorbringen des Angeschuldigten sogleich völlig überzeugend; so kann und muß dessen Gesuch, auch ohne Einforderung und Einsicht der Untersuchungsacten, sofort abgeschlagen und verworfen werden, weil nach Vorschrift der Ordnung die Criminalsachen nicht aufgehalten und unnützerweise in die Länge gezogen werden dürfen. Verabsäumet es daher ein Angeschuldigter, oder vielmehr dessen Vertheidiger, eine ordentliche Species facti, nebst der Angabe seiner Beschwerden und deren Deducirung einzureichen; so wird demselben jedesmal, ehe die Acten eingefordert werden, die Beybringung einer möglichst vollständigen Geschichtserzählung aufgegeben, und dabey gewöhnlich, wenn zu besorgen ist, daß der Unterrichter während solcher Zeit sein Erkenntniß vollstrecken möchte, ein einstweiliges Suspensivum zugleich abgelassen. Hiernach ist noch neuerlich vom Calenbergischen Senate des K. Ober-Appellat.-Gerichts am 14. Jan. 1800, in Sachen Anna Margarethe Rüter, ad Acta die wider dieselbe angestellte Untersuchung betr. erkannt: „daß Implorantin eine deutliche Speciem facti zu prämittiren und solchemnach die Beschwerde gehörig zu deduciren habe.“

LXV.

LXV. Erörterung.

Schon die Erwählung der Supplication oder Leuterung benimmt einer Parthei das Recht, sich nachmals der Appellation zu bedienen.

I.

Es ist eine bekannte Sache, daß von mehreren zustehenden Rechtsmitteln, die einander ausschließen, nur eins gebrauchet werden darf, und daß der Gebrauch des einen den Zugang zu den übrigen verhindert c). Niemand kann daher zur Appellation seine Zuflucht nehmen, wenn er die Supplication, Leuterung oder ein ähnliches suspensives Rechtsmittel bereits ergriffen hat d). Selbst die bloße Erwählung eines solchen Rechtsmittels, wenn gleich dasselbe noch nicht ausgeführet oder gerechtfertiget, und darauf von dem Gerichte, bey welchem dasselbe angebracht, noch nicht erkannt ist, schließet schon einen nachherigen Rückgang zur Appellation aus.

c) Mevius P. 5. Decif. 10.

d) Mevius l. c. Nr. 2. Eckhard de Jure utendi Leuterat. vel sim. remedio suspens., si appellat. renunc. C. 2. §. 26.

aus. Nach der Behauptung bewährter Schriftsteller, kann durch einen Vertrag dem Gebrauche der Appellation gültig entsaget werden e). Wenn eine Parthei die Supplication oder Leuterung erwählet, so leistet sie schon dadurch Verzicht auf die Appellation; denn eine jede Handlung, welche sich mit der Berufung auf den Oberrichter nicht verträget, fasset eine stillschweigende Entsagung der Appellation in sich f). Eine Verzichtsleistung durch Thathandlungen ist eben so verbindend, als wenn sie mit ausdrücklichen Worten geschiehet, mithin erlanget eine Parthei durch die von dem Gegner geschehene gerichtliche Wahl der Leuterung oder Supplication, eben so gut, wie durch ein bestimmtes Versprechen, ein wohlerworbenes Recht auf den Nichtgebrauch der Appellation, welches wider Willen nicht wieder genommen werden darf.

Die Wahl der Supplication oder Leuterung überläßt die Sache der Entscheidung des vorigen Richters; sie giebt zu erkennen, daß von ihm eine Abänderung erwartet wird; und die Parthei entsaget also, wenn sie jene Rechtsmittel erwählet, freiwillig der Hülfe des obern Gerichtshofes, und schließet dessen Gerichtsbarkeit aus g).

2.

Auch die Gerichts-Ordnungen der Chur-Braunschweigischen Lande bestimmen ganz deutlich: daß die Appellation nicht Statt finden

e) Gail L. 1. Observat. 135. Nr. 9. Hertius Vol. 2. D. 568. Nr. 1.

f) Mevius P. 2. Decis. 178. Nr. 2. Reinharth ad Christin. Vol. 1. Observat. 25. Nr. 1.

g) Eckhard l. c. Cap. 2. §. 30. Boehmer de Appellat. interpos. renunciat. §. 12.

finden soll, wenn einmal die Leuterung oder Supplication zur Hand genommen ist h).

Freilich reden die gedachten Gesetze von einem Gebrauche der Rechtsmittel; —– ein Ausdruck, den man nicht auf die bloße Wahl, sondern auf die würkliche Fortsetzung derselben deuten mögte, zumal da die O.A.G.-Ordnung i) die Appellation anzunehmen verbietet, wenn jemand die Supplication oder Leuterung erwählet, und sich deren gebrauchet; welches Bindewort: und, in dieser Stelle Wahl und Gebrauch zu verknüpfen, mithin Beides zum Ausschlusse der Appellation zu erfordern scheinet.

Allein schon an und für sich dürfte die Wahl und die Nachsuchung mehrerer Fristen zur Rechtfertigung als ein wahrer Gebrauch der Rechtsmittel zu betrachten seyn, zumal da die unverkennbare Absicht des Gesetzgebers alle unnöthige Verlängerung der Rechtshändel zu verhindern, eher eine einschränkende als ausdehnende Erklärung begünstiget. Könnte man aber auch der O.A.G.-Ordnung den vorerwähnten Sinn beylegen, so würde doch die Vorschrift des späteren Justiz-Reglements v. J. 1718 den Vorzug verdienen, und dieses, als ein neueres Gesetz, wenn nicht die O.A.G.-Ordnung abändern, doch wenigstens dieselbe authentisch erklären. Das gedachte Justiz-Reglement verordnet §. 8.:

„So sollen hinfüro die, so obgedachte Beneficia (Appellation, „Supplication, Leuterung) alternative einwenden, binnen den „nächsten 30 Tagen von publicirter Sentenz an, oder in zugelassenen

h) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 1. §. 6. Calenberg. Canzley-Ordnung Tit. 30. §. 5. Justiz-Reglement v. J. 1718 §. 8.

i) O.A.G.-Ordnung a. a. O. §. 6. am Schlusse.

„lassenen Fällen, a die notitiae, binnen welcher Zeit ohnedem
„derjenige, der die Appellation zu verfolgen gedenket, dieselbe dem
„Judicio a quo pure und ohnumschränkt zu notificiren und Acta
„zu requiriren verbunden ist, zu ein oder anderen von solchen Be-
„neficiis bey deren Verlust sich erklären k).“

Diese Vorschrift ist hernach nicht nur in der Verordnung vom 28. Jun. 1724 l) wiederholet, und auf die Aemter und andere Untergerichte ausgedehnet, sondern es hat auch das K. O.A.-Gericht in dem Ausschreiben vom 1. Jul. 1726 m) dem Hof-Gerichte zu Stade aufgegeben: die Partheien zu einer deutlichen Erklärung innerhalb 30 Tagen darüber anzuweisen, welches von den elective eingelegten Rechtsmitteln sie gebrauchen wollen.

Eine solche, den Partheien zur Pflicht gemachte, unbedingte und uneingeschränkte Erklärung, wegen der Erwählung eines der mehreren ihnen zustehenden Rechtsmittel, schließt schon an und für sich die Befugniß aus, nach getroffener Wahl zu einem andern Rechtsmittel schreiten, mithin die Appellation ergreifen zu dürfen, wenn die Parthei vorher zu erkennen gegeben hat, daß sie sich der Supplication oder Leuterung bedienen wolle. Die entgegengesetzte Behauptung würde gradezu mit der Vorschrift streiten: daß innerhalb 30 Tagen die Appellation uneingeschränkt dem Unterrichter bekannt gemachet werden soll; und da nach der O.A.G.-Ordnung eine genaue Beobachtung aller in Absicht der Einlegung, Einführung

k) Samml. Chur-Braunschw.-Landes-Ordn. Zelleschen Theils. Cap. 2. Sect. 1. Nr. 21. Seite 594.

l) Pufendorf Proc. Civ. P. 4. C. 1. Sect. 2. §. 6. S. a. Verordnung v. 5. Februar 1712. Samml. Chur-Braunschw. Landes-Ordn. Zell. Theils. Cap. 2. Sect. 1. Nr. 25. S. 620.

m) Neuester Anhang der Brem. Polic.-Ordnung. Seite 53.

rung und Fortsetzung der Appellation gegebenen Verordnungen, und zwar bey Strafe der Desertion, vorgeschrieben ist n); so folget daraus von selbst, daß eine jede Vernachlässigung, mithin auch die versäumte unbedingte Ergreifung der Appellation, den Verlust derselben nach sich ziehet.

Ausdrücklich ist dieses, als Folge, in dem Justiz-Reglement festgesetzet; und wozu diente wohl die bestimmte, so nachdrücklich eingeschärfte Wahl der Rechtsmittel, wenn dieselbe in der Folge von der Parthei nach Gutdünken abgeändert werden dürfte?

In der Zulassung einer solchen willkührlichen Verwechselung einmal erwählter Rechtsmittel würde eine in Unseren Landesgesetzen schlechterdings verbotene Erstreckung des fatalis electionis liegen o).

Es ist daher anzunehmen, daß auch nach der hiesigen Landesverfassung schon die bloße Wahl der Supplication oder Leuterung der Parthei das Recht benimmt, sich nachmals der Appellation zu bedienen.

LXVI. Erörterung.

Die Appellation kann unmittelbar bey dem höchsten Tribunale interponirt werden.

Wenn eine Parthei sich durch das Erkenntniß des Richters beschwert glaubt, und dagegen Rechtsmittel ergreifen will; so muß in

n) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 2. §. 9.

o) Pufendorf. Proc. Civ. P. 4. C. 1. Sect. 2. §. 6. in fine.

in der Regel die Einwendung derselben bey dem nämlichen Richter geschehen, welcher das beschwerende Erkenntniß abgegeben hat p). Nur in dem Falle gestatten die gemeinen Rechte eine Ausnahme von dieser Regel, wenn vor dem Richter, der das gravirende Erkenntniß gefällt hat, die Interposition nicht füglich bewerkstelligt werden kann; und sie lassen alsdann die Einwendung entweder vor Notar und Zeugen, oder unmittelbar bey dem Oberrichter selbst zu. Die Ordnungen der Zelleschen Obergerichte verstatten ohne Unterschied die Einwendung der Appellation bey dem Oberrichter q), und bey den Hannöverschen Obergerichten ist dasselbe durch die Gerichtsobservanz eingeführt r); nur muß alsdann dem Unterrichter die gehörige Anzeige von der geschehenen Interposition, binnen 30 Tagen, gemacht werden s).

Bey dem Ober-Appellations-Gerichte zu Zelle wird die unmittelbare Einwendnng der Appellation von den Erkenntnissen der Obergerichte gleichfalls zugelassen und angenommen, wenn sie innerhalb zehn Tagen geschiehet. Die Ordnung t) ist zwar hierunter nicht ganz klar. Sie bestimmt, daß die Interposition entweder in continenti, oder durch eine dem *judicio a quo* einzureichende Schedulam oder coram notario et testibus geschehen, und daß in gewissen Fällen die interpositio appellationis intra decendium, auch a die notitiae, bey dem O.A.-Gerichte zugelassen und angenommen werden soll. Hier wird nicht bestimmt gesagt, daß die Interpo-

 sition

p) Danz Grundsätze des bürgerl. Processes. §. 408.
Martin Lehrb. des teutschen gemeinen bürgerl. Processes. §. 201.

q) Pufendorf in proc. civ. Part. 4. C. 1. Sect. 2. §. 4.

r) Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. B. 129.

s) pract. Erörterungen B. 1. Num. 56.

t) Ober-Appellat.-Gerichts-Ordnung Th. 2. Tit. 2. §. 3.

ſition überhaupt unmittelbar bey dem Tribunale ſoll geſchehen können und verſtattet ſeyn; ſondern es heißt nur, daß die interpoſitio intra decendium a die notitiae — wenn ſie nämlich bey dem judicio a quo geſchehen iſt — angenommen und zugelaſſen werden ſoll. Nach der beſtändigen Gerichtsobſervanz werden indeſſen die unmittelbaren Einwendungen der Appellation bey dem höchſten Tribunale gleichfalls verſtattet und zugelaſſen; und hat ſodann der Appellant die geſchehene Einwendung der Appellation bey dem Unterrichter binnen 30 Tagen anzuzeigen, und damit zugleich das Geſuch um Verabfolgung der Acten zu verbinden u).

LXVII. Erörterung.

Wider den Verlauf der Nothfriſten bey der Appellation kann nur der Oberrichter die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ertheilen.

Wenn die bey der Appellation vorgeſchriebenen Fatalien verabſäumet ſind, ſo bitten die Sachwälde der Partheyen, ſonderlich im Falle des abgelaufenen decendii, nicht ſelten bey dem Unterrichter um Reſtitution gegen die Verſäumniß dieſer Nothfriſt. Zuweilen geben die Untergerichte dieſem Geſuche Statt; aber ſehr oft wird auch die Parthey damit an den Oberrichter verwieſen. Das

u) pract. Erörterungen a. a. O.

Das Letztere ist unstreitig der Theorie des Processes gemäß x), das Erstere aber derselben völlig entgegen y).

Der Unterrichter hat es zwar allerdings zu beurtheilen, ob die zur Appellation nöthigen Erforderniße vorhanden sind; und wenn er sie vermißt, so kann er apostolos refutatorios ertheilen. Allein diese enthalten kein Erkenntniß, und sie verhindern den Oberrichter niemals völlige Appellationsprocesse zu erkennen. Es ist ferner ein ausgemachter Satz, daß die Gewalt des Unterrichters, nach eingelegter Appellation, sogleich in der Regel suspendirt wird, und daß alles von der Entscheidung des Oberrichters abhängt. Der Unterrichter ist daher nicht befugt, super desertione zu erkennen, und mithin kann er auch wider den Verlauf der Nothfristen keine Restitution ertheilen. Die Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung z) stimmt hiermit vollkommen überein, und es sollte also billig kein Advocat den Unterrichter um Restitution wider den Ablauf der Appellations-Fatalien anrufen; am wenigsten aber der Unterrichter, wenn es ja aus Unkunde der Proceßvorschriften geschiehet, solche ertheilen oder versagen, vielmehr die Parthey, um unnütze Weitläuftigkeiten zu verhüten, mit einem solchen Gesuche allezeit an den Oberrichter verweisen.

x) Klaproth in dem bürgerl. Processe. §. 355.
Danz Einleitung in den Proceß. §. 423.

y) Gönner jurist. Abhandl. Th. 2. Nr. 25.

z) Th. 2. Tit. 2. §. 9. 10 und 11.

LXVIII.

LXVIII. Erörterung.

Ueber das Erkenntniß, welches auf eine nach dem Actenschlusse eingebrachte Schrift abzugeben ist.

Der Fall tritt sehr oft ein, daß, nach erfolgtem Actenschlusse, vom Kläger oder Beklagten noch ein Schriftsatz zu den Acten gebracht wird. Hierauf pflegt entweder decretirt zu werden: „daß es dem künftigen Referenten — Urtheilsverfasser — überlassen bleibe, ob und inwiefern darauf zu reflectiren sey?" oder es wird auch wohl zum Bescheide gegeben: „daß bey Abfassung des künftigen Erkenntnisses, so weit Rechtens, auf die Eingabe Bemerk genommen werden solle." Allein so wenig der eine, als der andere Bescheid läßt sich vertheidigen. Denn oftmals kann der künftige Referent dadurch zweifelhaft gemacht werden: ob die Sache auch zur Abfassung eines Urtheils hinlänglich instruirt sey? Und der Vorbehalt: so weit Rechtens, würde überhaupt nur in dem Falle stattnehmig seyn, wenn gerade von der Parthey, welcher der letzte Schriftsatz gebühret, die Eingabe geschehen wäre.

Gewöhnlich bringt der Kläger, wenn der Actenschluß erfolgt ist, noch eine Eingabe zu den Acten. In dem Falle ist es nun den Proceßvorschriften gemäß, und selbst zur Vermeidung einer scheinbaren Nullität erforderlich, entweder die ganze Schrift nicht zu den Acten zu registriren, vielmehr gänzlich zurückzuweisen;

oder

oder unter Aufhebung des Actenschlusses die Eingabe als Triplic anzunehmen, und darauf die Quadruplic des Beklagten zu erfordern a). Denn in dem ordentlichen Proceßgange ist die Erlaubniß, zu tripliciren, nicht füglich zu versagen, sonderlich nicht in dem Falle, wenn in der Duplic neue, noch nicht vorgekommne Thatumstände enthalten sind; wenn sie wirklich als Exceptionsschrift auf den in der Replic verbesserten Klaglibell zu betrachten ist; oder wenn sonst ein Grund zur Aufhebung des Actenschlusses eintreten sollte b).

Enthält indeß die nach ergangenem Actenschlusse eingereichte Schrift überall nichts erhebliches Neues, und ist, auch ohne diese Eingabe, die Streitfrage in ihren Thatumständen völlig aufgeklärt und entwickelt: so bedarf sie gar keiner Beantwortung von Seiten des Beklagten, und man kann sie also ohne Nachtheil des Klägers füglich beyseite setzen. In diesem Falle würde daher, statt der obigen Bescheide, zu decretiren seyn: „daß es einer weitern Handlung nicht bedürfe, es vielmehr bey dem Beschlusse der Sache zu lassen, mithin die Eingabe ad Acta nicht zu verstatten und damit zurückzuweisen sey."

Ein solches Erkenntniß wird um so mehr erforderlich, da der Richter verpflichtet ist, den Actenschluß nicht ohne Grund aufzuheben, und den Partheyen in ihren Eingaben Schranken zu setzen, damit durch selbige die Processe nicht verzögert und in Verwirrung gebracht werden c).

a) Oelze Anleitung z. jurist. Praxis. §. 146.

b) Klaproths Einleitung in den ordentlichen Proceß. §. 183. Danz Grundsätze des Processes. §. 212 f.

c) Danz a. a. O. §. 211 ff. Martin a. a. O. §. 118 u. 119.

LXIX. Erörterung.

Minderjährige und diejenigen, welche mit ihnen gleiche Rechte haben, können einen deferirten und vom Gegentheile acceptirten Eyd bis zur wirklichen Eydesleistung widerrufen, und statt desselben andere Beweismittel gebrauchen.

Ueber die Würkungen der geschehenen Annahme eines deferirten Eydes, und in welchen Fällen ein angenommner Eyd wieder zurückgenommen werden könne, sind die Meinungen der practischen Rechtsgelehrten bekanntlich sehr verschieden d). Nach der Zelleschen Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung e) darf der Deferent in keinem andern Falle von dem deferirten und acceptirten Eyde zurücktreten, und andere Beweismittel gebrauchen, als wenn er entweder eydlich erhärten kann, daß er von den neu aufgefundenen Beweismitteln vorher keine Wissenschaft gehabt habe, oder wenn ein ganz neuer Umstand bey der Rechtssache zur Erörterung kommt, der in dem Eyde nicht mit begriffen, aber doch ad probandum zulässig ist. Es setzt jedoch diese Stelle der Ord-

d) Strube rechtl. Bedenken. Th. 5. B. 89. Klaproth im Processe §. 338. Danz Grundsätze des ordentl. Processes. §. 377.

e) Th. 2. Tit. 8. Sect. 3. §. 5.

Ordnung allezeit voraus, daß der Eyd in der deferirten Form acceptirt seyn muß; denn wenn die Partheyen selbst über die Eydesformel verschiedener Meinung sind, oder wenn deßhalb eine Bestimmung des Richters erforderlich wird, so ist noch keine eigentliche und wahre Annahme des Eydes vorhanden, und mithin kann der Deferent, vor der erfolgten richterlichen Normirung desselben, noch immer zurücktreten und sich anderer Beweismittel bedienen.

So unbestritten diese Grundsätze sind, wenn der Deferent volljährig ist, so zweifelhaft werden sie doch, wenn derselbe annoch minderjährig ist. Die Vorschrift der Ordnung ist klar. Sie bestimmt die Fälle genau, wo eine Zurücknahme des Eydes Statt haben soll, und es wird dabey kein Unterschied zwischen Majorennen und Minorennen gemacht. Indeß dürfte doch den Minderjährigen und denen, welche mit ihnen gleiche Rechte haben, die Zurücknahme eines deferirten und acceptirten Eydes wohl nicht zu versagen, vielmehr ihnen, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, freizulassen seyn, andere Beweismittel zu gebrauchen. Denn wenn gleich die O.A.G.-Ordnung in Absicht der Minorennen keine ausdrückliche Ausnahme gemacht hat, so läßt sich doch hieraus überall nicht vermuthen, daß die Lehre von der Wiedereinsetzung der Minderjährigen in den vorigen Stand, hierbey habe verworfen werden sollen; da andere Stellen f) derselben deutlich von der Vorsorge zeigen, sie wider allen Schaden im Proceßgange zu sichern. Daß aber eine voreilige Eydesdelation den Minderjährigen leicht schädlich werden kann, ist nicht zu verkennen, und eben deßhalb muß man ihnen die Zurücknahme eines Eydes, welchen sie oder ihre Beystände und Vertreter blos aus Uebereilung, oder aus Mangel an Einsicht und Erfahrung, deferirt haben, wenn gleich derselbe vom Gegentheil bereits acceptirt ist, unbedingt einräumen, und ihnen, mittelst der Wiedereinsetzung in

f) O.A.G.O. Th. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 15.

in den vorigen Stand, den Gebrauch anderer Beweismittel erlauben und gestatten g). Es versteht sich jedoch hierbey von selbst, daß auch die Minderjährigen alle durch die Veränderung des Beweises veranlaßten Kosten ersetzen müssen, und daß sie alsdann die Eydesdelation sich weder vorbehalten, noch nachgehends, wenn der veränderte Beweis schlecht ausfällt, auf dieselbe recurriren können h); weil die Eydeszuschiebung weder bedingungsweise, noch subsidiarisch mit andern Beweismitteln, in Ansehung eines und desselben streitigen Gegenstandes, verbunden werden darf i); ein Minorenner aber in diesem Stücke keine stärkern Rechte haben kann, als ein Majorenner. Das O.A.-Gericht erkannte nach diesen Grundsätze am 9ten Jul. 1800, in S. Hollborn c. Riemenschneider pto. matrimonii: daß zwar, wegen Zulassung der Implorantin zu dem offerirten Zeugenbeweise, rescriptum erlassen, dem Gesuche derselben aber, ihr demnächstigen Recurs zur Eydesdelation vorzubehalten, als den Gesetzen offenbar zuwiderlaufend, nicht zu deferiren sey. Das Rescript ging dahin: Wenn gleich, der Regel nach, ein deferirter und acceptirter Eyd von dem Deferenten nicht anders, als in denen, in unserer O.A.G.-Ordnung Part. 2. Tit. 8. §. 5., bestimmten Fällen zurückgenommen werden kann; nachdem jedoch der Implorantin bey der ihr zu Statten kommenden Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die von ihrem Consulenten zu voreilig zur Hand genommne Eydesdelation nicht versaget werden mag, der im vorliegenden Falle deferirte Eyd ohnehin auch noch zur

g) Daß Minderjährige, nach bereits eröffneten Zeugenverhören, zu keinem neuen Zeugenbeweise über denselben Gegenstand gelassen werden, beruhet auf andern Gründen. Pract. Erörterungen. B. 2. N. 22.

h) L. 11. C. de rebus creditis. Malblanc de jurejurando. p. 195.

i) Danz a. a. O. §. 238.

zur Zeit in forma delata acceptirt worden; so habt ihr, wenn Implorantin zuvörderst ihre Minderjährigkeit bescheinigt, und dem Imploraten die seit der zur Hand genommnen Eydesdelation verursachten Kosten erstattet haben wird, praevia restit. in integr. mit dem allhier offerirten Zeugenbeweise zuzulassen, und demnächst weiter zu erkennen w. R.

LXX. Erörterung.

Wenn auf einen Rath der oberen Justiz-Collegien in einer Rechtsache eine Commission erkannt wird, so hat der Secretair, in dessen Expedition sich die Sache befindet, kein Recht, zu verlangen, daß der Commissarius ihn, und keinen andern, zu der Führung der Commissions-Protocolle gebrauche.

I.

Hin und wieder glauben die Secretarien der oberen Gerichtshöfe, daß sie es als ein Recht verlangen können, in denen Sachen aus ihrer Expedition, worin auf einen Rath des Collegii ein Commissorium erkannt wird, zu der Führung der Commissions-Protocolle zugezogen zu werden. Diese, als ein Ueberbleibsel einer viel weiter ausgedehnten, aber auch schon längst verworfenen Anmaßung k), zu betrachtende Behauptung streitet aber offenbar

 wider

k) In älteren Zeiten prätendirten die Secretarien sogar, daß die den Räthen ertheilten Commissoria auch auf sie mitgerichtet werden sollten.

wider die Natur der Sache, wider vorhandene gesetzliche Vorschrift, und wider das Herkommen.

2.

Aus leicht in die Augen fallenden Gründen wird ein billig denkender Rath, dem ein Commissorium zugehet, immer am geneigtsten seyn, zu der Führung der Commissions-Protocolle den mit der Sache bereits bekannten Secretair der Expedition zuzuziehen. Die Commissions-Geschäfte, besonders wenn sie auswärts betrieben werden sollen, und vielleicht in langwierigen mühsamen Ausrichtungen im Freien bestehen, können aber oft von der Art seyn, daß zu denselben eine vorzügliche Geschicklichkeit, oder ein besonders guter Gesundheitszustand, auch bey dem Protocollisten, erforderlich wird.

Wenn sich nun das eine oder andere dieser Erfordernisse bey dem Secretaire der Expedition, welcher übrigens ein sehr tüchtiger Geschäftsmann seyn kann, nach der Ueberzeugung des Commissarius, nicht im vollen Maaße findet; so würde durch die Versagung der Auswahl eines andern Protocollisten nicht nur der Sache geschadet, sondern auch dem Commissarius eine große Beschwerde zugefüget werden. Oft können auch persönliche Verhältnisse, z. B. besonderes gegenseitiges Vertrauen, oder öftere gemeinschaftliche Dienstarbeit zwischen dem Commissarius und dem nach freier Wahl zuzuziehenden Protocollisten, der Betreibung des commissarischen Geschäftes beförderlich seyn. Von dem Commissarius allein wird die bestmöglichste Ausrichtung des ihm übertragenen Geschäftes erwartet, und gefordert; ihm muß daher auch

ten. Der König Georg der Erste erklärte aber ausdrücklich: daß sich dieses keinesweges schicke. S. Justiz-Reglement vom $\frac{9}{20}$ December 1718, §. 21.

auch die Wahl darüber gelassen werden, auf welche Weise und durch wessen Mithülfe er den ihm vorgeschriebenen Zweck am besten zu erreichen im Stande ist; und offenbar würde es die größte Härte seyn, wenn man den Commissarius nöthigen wollte, ein schwieriges, vielleicht wochenlanges Geschäft mit einem Manne zu unternehmen, dessen völlige moralische oder physische Geschicklichkeit dazu ihm nicht durchaus einleuchtend ist, und dessen Mängel immer auf eine oder die andere Weise auf ihn, den Commissarius, zurückfallen.

3.

Diese aus der Natur der Sache genommene Grundsätze rechtfertigen sich auch durch den Inhalt des §. 21 des Justiz-Reglements vom $\frac{9}{20}$ December 1718, welcher wörtlich dahin lautet:

„Wann man auch vernommen, daß wann einem oder meh-„ren Räthen aus einem Collegio, in einer Sache eine gewisse „Commission gegeben wird, der Actuarius causae prätendire, „daß das Commissorium auf ihm mitgerichtet werden solle, oder „sonst, in solcher Sache zu protocolliren sich weigere. Solches „aber sich keinesweges schicket; so wollen Wir, daß in solchen „Fällen niemals das Commissorium auf den Actuarium mitge-„richtet werden, und ein solcher nicht desto weniger, wann es der „Commissarius verlanget, in loco judicii, oder anderswo, es sey „in- oder ausserhalb der Stadt, ohnweigerlich protocolliren solle.

Durch diese Verordnung werden nicht allein alle vermeintlichen Ansprüche der Secretarien auf eine schlechterdings nothwendige Zuziehung ihrer zu den in Sachen ihrer Expedition ernannten Commissionen im Allgemeinen zurückgewiesen, sondern es zeigen auch die gebrauchten Worte: wann es der Commissarius verlanget, besonders an, daß der Gesetzgeber die jedesmalige Wahl eines Protocollisten dem Ermessen des ernannten Commissarius habe überlassen wollen.

4.

4.

Hiermit stimmet endlich auch das Herkommen überein; denn zuverlässig wird sich bey keinem Justiz-Collegio der hiesigen Lande ein Beyspiel davon finden, daß die Secretarien derselben das ausschließliche Recht des Actuarii causae, bey vorfallenden Commissionen zugezogen zu werden, gegen die Räthe mit Erfolge geltend gemachet hätten, obgleich sowohl bey dem K. O.A.-Gerichte als bey den solchem untergeordneten Gerichtshöfen manche Fälle notorisch sind, in welchen die zu Commissarien ernannten Räthe die Secretarien zum Protocolliren nach Willkühr wählten l).

l) Die Secretarien bey der K. Justiz-Canzley zu Zelle versuchten es i. J. 1770, den Räthen die freie Wahl eines Protocollisten bey Commissionen streitig zu machen. Sie wandten sich dieserhalb an die K. Landes-Regierung zu Hannover, erhielten aber von daher am 6ten Februar 1771 folgende Resolution: Ob zwar der Billigkeit und Anständigkeit gemäß zu seyn scheinet, daß in denen Fällen, da eins der höheren Justiz-Collegiorum in einer vor ihm hängigen Rechtssache eine Special-Commission auf einen Rath seines Mittels erkennet, zu Führung des Commissions-Protocolli, in regula, derjenige Secretarius gebrauchet werde, welcher die Sache bis dahin in Expedition hat: Alldieweilen jedoch, in Absicht auf die K. Justiz-Canzley zu Zelle, der Canzley-Director v. L. in der Beylage B. als etwas bekanntes, bezeuget und versichert hat: daß es lediglich von dem Commissario abhange, ob er das Protocoll selber führen, oder zum Actuario einen Canzley-Secretarium, oder einen Notarium nehmen wolle; der Secretarius R. auch die deshalb vorhandenen Exempel an sich nicht in Abrede ziehet; und überdem vorauszusetzen stehet, daß der Commissarius, wenn er den Secretarium der Expedition übergehet, und einen Notarium zuziehet, solches jedesmal mit Genehmigung des Collegii committentis thun werde; so kann darunter der von dem eben besagten Canzley-Secretario in seinem und seiner Collegen Namen erhobene Widerspruch eine Aenderung nicht würken.

LXXI.

LXXI. Erörterung.

In wiefern auf Secretarien der Justiz-Collegien in Rechtssachen Commissionen erkannt werden können.

Der Hofrath Claproth behauptet: daß auf Subalternen, und keine Stimme habende Gerichtspersonen, keine Commissionen erkannt werden sollten m). Es erkennet derselbe jedoch selbst an, daß das Gegentheil in den mehrsten Gerichten geschehe, und allerdings kann der aufgestellte Grundsatz auch nur unter Einschränkungen für richtig angenommen werden.

Daß Geschäfte, womit eine richterliche Cognition oder Entscheidung verbunden ist, und welche die Einwürkung einer richterlichen Person nothwendig erheischen, den Secretarien nicht aufgetragen werden können, verstehet sich um deswillen von selbst, weil den

m) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. Th. 1. §. 57. Seite 229. Der §. 21 des Justiz-Reglements von J. 1718, worauf sich der ebengedachte Schriftsteller zur Begründung seiner Behauptung, in Rücksicht auf die hiesigen Lande, beziehet, dürfte wohl nicht erweisend seyn, weil derselbe von einem ganz verschiedenen Falle, nämlich blos davon handelt: daß ein auf einen Rath gerichtetes Commissorium nicht auch auf den Actuarium causae mit erstrecket zu werden brauche.

den Secretarien die Qualität eines Richters fehlet. Dahingegen ist kein zureichender Grund vorhanden, weshalb den Secretarien nicht in Parthei-Sachen die Ausrichtung einzelner in dem Laufe des Rechtsstreites vorfallender Geschäfte und Handlungen committiret werden sollte, bey denen eine richterliche Ermäßigung und Entscheidung gar nicht vorkömmt, deren Gegenstand und Umfang genau in dem Commissorio vorgeschrieben wird, und in welchen es lediglich auf fidem ankömmt, wie z. B. bey Einnehmung eines einzelnen Augenscheines, bey Anerkennung oder eydlicher Ableugnung von Urkunden bey Abhörung von Zeugen u. d. m. n).

Könnte dieserhalb noch einiger Zweifel übrig seyn, so würde derselbe, was die hiesigen Lande betrifft, durch folgende Entscheidungen des K. O.A.-Gerichts gänzlich gehoben werden.

In dem Jahre 1780 wurde ein bey der K. Justiz-Canzley zu Zelle angestellter Secretair, in Parthei-Sachen, zu der Besichtigung einer Wasserleitung, und bald darauf zu der Abhörung von Zeugen an Ort und Stelle, als Commissarius vorgeschlagen. Die Justiz-Canzley wies den Vorschlag in beyden Fällen zurück, und verlangte, daß ein mit der Qualitate judicis versehener Commissarius benannt werden möge. Das hierdurch geäußerte allgemeine Principium veranlaßte sämmtliche Secretarien der Justiz-Canzley zu einer bey dem K. O.A.-Gerichte angebrachten Beschwerde, worauf, nach vorgängiger Berichts-Erforderung, unterm 26. Mai 1781 folgendes Rescript erlassen ward:

„Wann nun bey Erkennung der Commissionen, denenjeni-
„gen, welchen der Auftrag geschiehet, wie sie sich zu verhalten,
„und

n) Es ist daher unter andern von dem K. O.A.-Gerichte untem 8ten August 1785, in S. Landwehrnhagen und Consorten wider K. Cammer, die auf den weil. O.A.-Secretair Ohsen, zur Abhörung von Zeugen an Ort und Stelle, von den Partheyen erbetene Commission unbedenklich erkannt worden.

„und was sie auszurichten haben, vorgeschrieben wird, und die-
„selben die fines des Commissorii zu überschreiten nicht ermäch-
„tiget sind, kein genugsamer Grund aber vorhanden ist, warum
„die bey den Justiz-Collegiis angesezte Secretarii, blos um des-
„willen, daß sie keine Judices sind, von Uebernehmung eines sol-
„chen Geschäftes, womit keine richterliche Entscheidung verbunden
„ist, ausgeschlossen werden können; — so habt Ihr, da die Im-
„ploranten überdem die bisherige Observanz für sich haben, die
„Beschwerde derselben abzustellen, und in Zukunft, wenn der-
„gleichen Commissionen von den Partheyen auf sie erbeten werden,
„solche nicht zu versagen."

Einige Jahre nachher, 1786, verlangte jemand, der bey der K. Justiz-Canzley zu Zelle ein Testament niederlegen wollte, daß zu Einnahme desselben in seinem Hause einem Canzley-Secretair Commission ertheilet werden möge o).

Als die Justiz-Canzley nun das Gesuch brevi manu mit dem Bedeuten retradiren ließ: daß dergleichen Commissionen auf keinen Secretarium, sondern auf einen Hof- und Canzley-Rath zu erbitten wären, so nahmen gesammte Zellische Canzley-Secretarien hiervon wieder die Veranlassung zu einer bey dem K. O.A.-

o) Ob ein blos von dem Actuario eines Gerichtes, und ohne Beyseyn einer richterlichen Person, eingenommener letzter Wille als ein testamentum judiciale gültig sey? ist eine streitige Rechtsfrage. Leyser Spec. 354. Med. 3. Wernher P. 1. Observ. 26. a Pufendorf Tom. 3. Obs. 153. Um desto mehr wird es des Richters Pflicht, gerichtliche Testamente selbst einzunehmen, und dadurch alle künftige Zweifel über deren Gültigkeit aus dem Wege zu räumen.

O.A.-Gerichte angebrachten Beschwerde her, worauf aber am 1sten Junius 1786 der Bescheid erfolgte:

„Daß dem unerheblichen Gesuche um so weniger zu deferiren, „als Unsere vorige Verfügung vom 26sten Mai 1781 bloßer-„dings Commissiones in Parthey-Sachen zum Vorwurf hat, „und auf den vorliegenden Fall überall keine Anwendung findet."

LXXII. Erörterung.

Von den Verfügungen des Königlichen Consistorii in Schul-Sachen findet keine Appellation an das Tribunal Statt.

Vermöge einer Verfügung des Königl. Consistorii zu Hannover war die Einrichtung getroffen, daß die Kinder der Eingesessenen und Amtsangehörigen zu Coldingen künftig in die Schule zu Rethen geschickt, wenigstens von den Eltern an den dasigen Schullehrer die ordnungsmäßigen Schulgelder erlegt werden sollten, wenn sie, wie ihnen freigestellt ward, ihre Kinder in eine andere benachbarte Landschule zum Unterricht schicken wollten. Von dieser Consistorial-Anordnung wendeten sich die Insassen zu Coldingen an das Tribunal, und suchten eine Abänderung derselben dadurch zu bewürken und zu begründen, daß ihnen von jeher das Recht und die Freiheit zugestanden, ihre Kinder, weil sie eigentlich nirgends eingepfarrt wären, in jede ihnen beliebige Schule zu schicken, und daß mithin der Schullehrer zu Rethen den behaupteten Schulzwang über ihre Kinder vorgängig im Wege Rech-

Rechtens erweisen müsse. Diesem Gesuche konnte indeß nicht Statt gegeben werden. Dem Consistorio ist die Ausübung der Kirchengewalt vom Landesherrn übertragen. Die Inspection über die Schulen, welche einen Theil derselben ausmacht p), schränkt sich aber nicht blos darauf ein, Schulen zu errichten, Lehrer zu ernennen, Lehrstunden zu bestimmen, die Lehrart und Disciplin festzusetzen, sondern sie begreift auch das Recht in sich, zu verordnen, in welche Schule die Kinder, sonderlich auf dem platten Lande, geschickt werden sollen. Mit dem Schulzwange hat es eben die Bewandtniß, wie mit dem Pfarrzwange. Das Consistorium kann unstreitig, vermöge der kirchlichen Oberaufsicht, bestimmen, zu welcher Pfarrkirche diese oder jene Eingesessene, Anbauer u. s. w. sich halten sollen q). Diese können zwar auch alsdann andere Kirchen besuchen; aber sie müssen doch dem Prediger des Pfarrorts die herkommlichen oder verordnungsmäßigen Stolgebühren r) entrichten. Aus eben dem Grunde, und kraft der Schul-Oberaufsicht, hat aber das Consistorium auch die Befugniß, festzusetzen, ohne an ältere Einrichtungen gebunden zu seyn, in welche Schule die Kinder in der Regel geschickt werden sollen, und in sofern einen Schulzwang zu verfügen, daß dem Lehrer des angewiesenen Schulorts das Schulgeld bezahlt werden muß, wenn es gleich den Eltern nachgelassen wird, ihre Kinder zu dem Lehrer einer andern Schulstelle zum Unterricht zu schicken. Eine solche Einrichtung muß aber auch das Consistorium um so mehr treffen können, und eine jede Rechtserörterung dabey unzulässig seyn, wenn anders die Landesschulanstalten zum wohl des Ganzen gerei-

p) Böhmer princ. jur. canon. §. 455. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten. §. 265.

q) a Pufendorf in animadv. Tom. 1. Nr. 1.

r) Grellmann Geschichte der Stolgebühren oder geistl. Accidenzien. Gött. 1785.

reichen, und besonders die Lehrer der Landschulen Unterhalt haben sollen. Aus diesen Rücksichten schreibt die O.A.G.-Ordnung s) ausdrücklich vor, daß alle Sachen, welche Inspectionem Scholarum, und was davon dependiret, betreffen, per appellationem weder an das Tribunal gebracht, noch allda sollen angenommen werden können. Durch die letzten Worte dieser Stelle:

„Sollte auch Jemand bey den in die Inspection der Schulen „laufenden Sachen ein Recht zu haben vermeinen, und es „würde solches angefochten, so hat desfalls die Appellation „Statt,"

ist aber jene Vorschrift nicht als aufgehoben zu betrachten. Denn hier ist blos davon die Rede, wenn z. B. Magistrate oder Landsassen behaupten, durch Verträge oder Observanz ein Recht erworben zu haben, vermöge dessen ihnen eine gewisse Concurrenz in der Aufsicht über die Schulen, Ernennung der Schuldiener u. s. w. zustehe t), und ihnen solches bestritten wird, in welchen Fällen die Appellation an das Tribunal allerdings zulässig ist.

Diesen Grundsätzen gemäß erkannte auch das O.A.-Gericht am 27. Nov. 1799, in der obigen Sache: „Nachdem die von unserm Consistorio getroffene Einrichtung, nach welcher die vor Coldingen wohnenden Insassen ihre Kinder in die Schule zu Rethen schicken sollen, einen bloßen Gegenstand der oberkirchlichen Gewalt ausmacht, welche nach Vorschrift unserer Ordnung richterlichen Erkenntnissen entzogen ist, so stehet dem Gesuche nicht zu deferiren."

s) Part. 11. Tit. 1. §. 3.

t) Schnaubert a. a. O. §. 138.

LXXIII.

LXXIII. Erörterung.

Von den Entscheidungen des General-Kriegsgerichts in Civilsachen, in soweit solche zur Competenz desselben gehören, findet keine Appellation an das Tribunal Statt.

Nach den Vorschriften unserer Landesgesetze u) erkennet das Generalkriegsgericht blos in Criminal- und Dienstsachen der Militairpersonen, welche einer gerichtlichen Untersuchung und Erörterung bedürfen. Von den Verfügungen und Entscheidungen desselben findet gar keine Appellation an das Tribunal Statt, und selbst der Fall einer vorhandenen Nullität begründet keine Ausnahme von der deßhalb ergangenen landesherrlichen Vorschrift x). Indeß ist dieselbe doch blos auf solche Gegenstände und Sachen einzuschränken, welche gesetz- und verfassungsmäßig vor das Generalkriegsgericht gehören, und daselbst entschieden werden können. Civilsachen gehören aber gar nicht zum Ressort des Generalkriegsgerichts *). Zuweilen kann jedoch, als eine Aus-

u) Militair-Justiz-Reglement v. J. 1736. Cap. 3. Dienst-Reglement vom 25. Aug. 1786. Cap. 21. §. 3.

x) Practische Erörterungen. Band 2. Num. 18.

*) Wenn indeß dasselbe, wie gleichwohl nicht zu erwarten ist, in einer bloßen Civilsache wider eine Militairperson erkennen, und diese

Ausnahme von dieser allgemeinen Regel, der Fall eintreten, daß bey Gelegenheit eines Criminalfalles auch über einen damit connexen Civilpunct die Competenz desselben Statt hat, z. B. wenn Jemand von einer Militairperson thätlich gemißhandelt wird, und der Beleidigte, neben der öffentlichen Bestrafung, zugleich auch auf eine Privatsatisfaction, nämlich auf Erstattung der Cur- und Versäumnißkosten, oder auf die Erlegung eines Schmerzengeldes, bey dem Generalkriegsgericht anträgt.

Dergleichen Sachen, welche wegen des concurrirenden Interesse civilis et poenalis, duplicis fori sind, sollen nun in Gemäßheit des Militair-Justiz-Reglements y), durch einen Proceß abgethan, und den Partheyen keine doppelte Weitläuftigkeiten gemacht werden. Zur nähern Bestimmung ist zugleich verordnet, daß, wenn beyderley Interesse gleich stark sey, zwischen der Kriegsgerichts-Commission und der Generalität, dem Generalkriegsgerichte, conferirt; wenn aber ein Interesse vor dem andern prävaliren würde, das mehr erhebliche das geringere ratione judicii nach sich ziehen solle.

Nach dieser landesgesetzlichen Vorschrift ist also eine Trennung der Criminal- und Civilsache ganz unzulässig, und wenn in dergleichen causis duplicis fori das Interesse civile et poenale einander gleich kommt, so concurriren die Kriegsgerichts-Com-

diese sich dadurch beschwert achten sollte, so muß sich deßhalb der Gravirte zunächst an die Kriegsgerichtscommission wenden, und um deren Beystand nachsuchen. Versagte sie aber solchen, oder vermöchte sie damit nichts auszurichten; so kann der Beschwerte unstreitig den Recurs an das Tribunal nehmen, welches sich sodann der Sache würde anzunehmen, und deßhalb eine Verfügung zu treffen haben.

y) Cap. 2. §. 10.

Commiſſion und das Generalkriegsgericht bey dem Erkenntniſſe über den Civilpunct; iſt hingegen das Intereſſe poenale ſtärker z), als das Intereſſe civile, ſo ſtehet das Erkenntniß über den Civil- oder Satisfactionspunct, neben der Criminalſache, dem Generalkriegsgerichte allein zu. Im erſtern Falle findet die Appellation von dem Erkenntniſſe in der Civilſache ohne Zweifel Statt; in dem letztern aber nicht, weil alsdann der Civilpunct und deſſen Entſcheidung ausſchließlich vor das Generalkriegsgericht gehört, und in dem landesherrlichen Reſcripte vom 8ten Jun. 1741, ohne alle Einſchränkung und Ausnahme, allgemein verordnet iſt, daß von allen vor das Generalkriegsgericht gehörigen Sachen weder die Appellation noch Nullitätsbeſchwerde an das Tribunal zuläſſig ſeyn ſoll a). Dieſem gemäß wurde am 20. Dec. 1799, in S. Beuermann c. Schrader, die von einer über die Privatſatisfactions-Forderung vom Generalkriegsgerichte neben der Criminalſache abgegebene Entſcheidung an das O.A.-Gericht gebrachte Appellations- und Nullitätsbeſchwerde, ob non fundatam jurisdictionem, ſofort zurückgewieſen.

z) Dieſer Fall tritt alsdann inſonderheit ein, wenn dem Publicum weit mehr an einer öffentlichen, ernſtlichen Beſtrafung, als an einer unbedeutenden Privatgenugthuung, gelegen iſt.

a) Der von Pufendorf Tom. IV. Obſ. 128. §. ult. angeführte Klinggräfeſche Fall kann hierwider nicht angezogen werden. Theils ereignete ſich derſelbe vor Emanirung des Militair-Juſtiz-Reglements und des Königl. Reſcripts v. J. 1741 — das Erkenntniß des Gen.-Kriegsgerichts war nämlich ſchon im J. 1730 erfolgt —; theils war dieſe Sache weder eine cauſſa criminalis, noch duplicis fori, ſondern ſie betraf lediglich einen Civilgegenſtand und eine Forderung des Appellanten für verſchiedene, an die Regimenter gelieferte Bedürfniſſe.

LXXIV.

LXXIV. Erörterung.

Zoll-Freiheit der Stadt Stade.

I.

In dem Archive der Stadt Stade befindet sich ein merkwürdiges altes Privilegium v. J. 1233, wodurch der Kaiser Friedrich der 2te dem Magistrate und der Bürgerschaft zu Stade eine sehr ausgedehnte Zoll-Freiheit verliehen hat b).

Der Inhalt dieses Privilegii ist wörtlich folgender:

Fridericus, Dei gratia Romanorum Imperator, semper augustus, Jerusalemi et Siciliae Rex, per praesens scriptum notum fieri volumus universis, tam praesentibus quam futuris, quod frater Symbottonus de domo Gothonicorum, fidelis noster c), nostro culmini supplicavit, quatenus per totam

b) Es findet sich dieses Privilegium abgedrucket b. Scheidt Orig. Guelph. Tom. 3. pag. 666 und b. Pratje Herzogth. Brem. und Verd. 6. Samml. Diplom. Stad. Nr. 15. pag. 111. u. f.

c) In dem Abdrucke des Privilegii, welchen Scheidt besorget hat, stehet statt: Symbottonus — Symboitones. Da das Wort: Frater, nicht immer einen Mönch bezeichnet (*du Fresne* Glossar. voce Frater); da ferner weder ein Orden der Gothonicorum, noch ein Kloster

totam Bremensem Dioecesin dignaremur, suae supplicationis obtentu, concedere de gratia nostra Burgensibus Stadensibus thelonei libertatem. Nos autem, receptis inde litteris dilecti Principis nostri, venerabilis Bremensis Archiepiscopi, continentibus, gratissimum fore sibi, quidquid gratiae dictis Burgensibus conferremus, ad supplicationem praedicti fratris Symbottoni concedimus universis Burgensibus Stadensibus, fidelibus nostris, ut a modo per totam Bremensem Dioecesin, de rebus et mercimoniis, quae emerint et vendiderint, in eundo et redeundo, utantur thelonei libertate, et ab omni exactione thelonei liberi maneant et immunes, praesentis scripti auctoritate mandantes, quod nullus ministerialis, officialis, Advocatus, Scultetus, nullaque persona alta vel humilis, ecclesiastica vel mundana, contra tenorem praesentis concessionis nostrae ipsos Burgenses Stadenses de indulta sibi libertate ipsius thelonei per praedestinatam Dioecesin impedire vel molestare praesumat. Quod qui praesumpserit, indignationem nostram se noverit incursurum. Ad hujus itaque Concessionis nostrae memoriam,

Kloster eines andern Ordens, unter der Benennung: Domus Gothonicorum bekannt ist; und da endlich der Titel: fidelis noster, gewöhnlich nur personis militaribus, Lehnleuten, gegeben ward, L. 1. Feud. T 1. §. 1 et 2. Tit. 4. pr. et §. 5., so ist es sehr zweifelhaft, ob nicht statt Gothonicorum, da der Buchstabe G. in dem Privilegio ziemlich undeutlich ist, Teutonicorum gelesen werden muß. In dem Falle dürfte denn der Symboitones zu dem Fratri Hermanno Magistro Hospitalis S. Mariae Teutonicorum in Jerusalem gehören, der Friderici 2di Investituram Wencealai I. super regno Bohemiae 1231, und ein anderes Diplom Friedrichs II. v. J. 1235 als Zeuge unterschrieben hat. Goldast de Regno Boh. Append. p. 24. Ludewig Rel. Mst. Tom. 2. p. 26.

riam et ſtabilem firmitatem praeſentem divalem paginam fieri, et bulla aurea typario noſtrae majeſtatis impreſſa d) juſſimus communiri. Hujus rei teſtes ſunt B. Panormitanus et I. Capuanus, Archiepiſcopi, Marchius Manfredus Lanç. e) Conradus, Comes de Pheyngen, Henricus de Lupfe, Henricus de Choſtesberch, Guillielmus, Marchio de Proſuynch, Conradus de Ulme, cognominatus Havender et L. Imperialis aulae camerarius. Datum Meſſanae, Anno Dominicae incarnationis milleſimo ducenteſimo triceſimo tertio, Menſe Madii f), Sexta Indictione imperante Domino noſtro Friderico, Dei gratia Illuſtriſſimo Romanorum Imperatore ſemper auguſto, Jeruſalemi et Siciliae Rege, Romani Imperii ejus anno tertio decimo, Regni Jeruſalemi octavo, Regni utriusque Siciliae triceſimo quinto. Feliciter Amen.

Aus dieſen Worten des Privilegii zeiget ſich, daß die Zoll-Freiheit nicht blos der Stadt in corpore, ſondern jedem Bürger verliehen iſt — univerſis burgenſibus Stadenſibus —. Ferner, daß ſich dieſelbe auf den ganzen Bremiſchen Kirchſprengel, der da-

d) Typarium ſigillum, ein Siegel, worauf des Fürſten Bild eingegraben war. du Fresne Gloſſar. voce: Typarium. Tom. 2. pag. 1226. Im Mittel-Alter war es ſehr gewöhnlich, die Diplomata blos zu beſiegeln, ohne ſolche zu unterſchreiben. Mabillon de re diplom. Lib. 2, Cap. 10. §. 2. Namentlich finden ſich vom K. Friedrich II. mehrere dergleichen blos beſiegelte Urkunden. Ludewig Reliq. Mst. Tom. 7. pag. 216 et 557. Goldast Conſtit. Imp. Tom. 1. pag. 291. Scheidt Orig. Guelph. Tom. 3. pag. 665.

e) Vielleicht Lanciano de Abruzzo.

f) Madius, Majus, Mai-Monat. du Fresne l. c. voce Madius.

damals weit mehr begriff, als das jetzige Herzogthum Bremen, erstrecken soll. — Per totam Bremensem Dioecesin. Endlich, daß die verliehene Zoll-Freiheit sämmtliche angekaufte und verkaufte, alle ein- und auszuführende Sachen und Waaren befasset — De rebus et mercimoniis, quae emerint et vendiderint, in eundo et redeundo —; wobey der Zusammenhang der Worte deutlich ergiebt, daß das Wort: Mercimonium, hier so viel als Waaren, Kaufmanns-Gut, Merx bedeutet g).

2.

Die Authenticität und Glaubwürdigkeit dieses Privilegii kann mit Grunde nicht bezweifelt werden. Abgerechnet, daß der mit hinlänglichen Prüfungs-Mitteln versehene, geschickte Diplomatiker Scheidt h) die Urkunde für ächt gehalten hat; so stimmet auch die Orthographie derselben mit andern Diplomen gleicher Zeit überein i).

Die Zeugen bestehen zwar, wie bey den mehrsten alten Urkunden, großentheils aus unbekannten Personen, indessen sind doch die Erzbischöfe von Palermo und Capua aus der Gegend, von der das Document datiret ist. Wenige Jahre nach der Ertheilung des Privilegii hat der B. — Berardus Panormitanus

 Archi-

g) In diesem Verstande ward das Worte Mercimonium auch von den Römern gebrauchet.
Faber Thes. erudit. schol. h. voce; wiewohl sonst Mercimonium auch die Handlung (Negotiatio) und den Marktplatz, wo der Handel getrieben wird, bedeutet. Du Fresne Glossar. h. voce.

h) Orig. Guelph. Tom. 2. pag. 666.

i) Baring Clav. Diplom. Fab. 10 seq.

Archiepiscopus auch des Kaisers Friedrich II. Testament mit unterschrieben k); so wie kurz zuvor der J. Capuanus Archiepiscopus, und der Marchio Manfredus Lanc. sich unter den Zeugen befinden, welche die i. J. 1231 von Friedrich II. gegebene Investitur super Regno Bohemiae mit unterzeichnet haben l). Es finden sich also wenigstens drei aus andern Diplomen Kaisers Friedrichs II. bekannte Zeugen m). Auch bey dem Dato ist alles unverdächtig. Das Privilegium ist im Monat Madius, (Mai) d. J. 1233 zu Messina in Sicilien gegeben, des Kaiserthums im 13ten, des Königreichs Jerusalem im 8ten, und des Sicilianischen Reichs im 35sten Jahre. In diesem Jahre war der Kaiser Friedrich in Sicilien, wo er einen zu Messina entstandenen Aufruhr dämpfte n). Von dem J. 1220 an, wo er zu Rom die Kaiserkrone erhielt, waren 13 Jahre verflossen o), und obgleich der Kaiser bereits i. J. 1222 das Königreich Jerusalem mit der Yolanta erheirathet hatte, so bediente er sich doch erst nach seiner Krönung mit der Jerusalemschen Krone, v. J. 1225 an, in seinen Ausfertigun-

k) P. Gianone Istoria di Napoli in der franz. Uebersetzung. T. 2. pag. 617.

l) Goldast de Regno Bohem. Append. Doc. p. 24.

m) Der mit vorkommende Zeuge Henricus de Lupfe gehörte ohne Zweifel zu dem damals blühenden Geschlechte derer von Lupfe in Schwaben, deren Güter jetzt die Fürsten von Fürstenberg besitzen; (s. Allgemein. Histor. Lexicon), und es ist daher sehr glaublich, daß sich derselbe an dem Hofe eines Schwäbischen Kaisers befand.

n) Gottfried Historische Chronic v. J. 1233.

o) Koehler Reichs-Historie, S. 210.

tigungen des Titels eines Königs von Jerusalem p). Es fiel also i. J. 1233 das 8te Jahr des Jerusalemschen Königsreichs ein, und seit 1198, da der Kaiser durch den Tod seiner Mutter Constantia auf den Sicilianischen Thron gelangete, waren 35 Jahre verflossen. Endlich fällt auch die Indictio 6ta in das Jahr 1233 q).

3.

Wegen der ursprünglichen Kraft und Gültigkeit des Privilegii möchte es vielleicht, wenn man auf die ältere Geschichte von Stade zurückblickt, zweifelhaft scheinen, ob der Kaiser die Begnadigung gültig habe ertheilen können, und ob dieselbe nicht wenige Jahre nach ihrer Ertheilung wieder von ihm aufgerufen sey? Durch eine nähere Erwägung der Sache werden diese Zweifel jedoch bald entfernet. Die von mehreren Schriftstellern r) bearbeitete ältere Stadische Geschichte, ergiebt die folgenden Thatumstände. Schon Herzog Heinrich der Löwe nahm nach Erlöschung des Stammes der alten Grafen von Stade die Stadt und Grafschaft Stade, vornämlich wegen einer angeblichen Expectanz, mit gewaffneter Hand in Besitz. Obgleich der Erz-

p) Gainnone l. c. pag. 495.

q) Du Fresne l. c. voce Indictio.

r) G. Roth von den alten Einwohnern der Stadischen Gegend; b. Pratje Herzogth. Brem. und Verden. 1ste Samml. Nr. 1. Meyer von den Stadischen Grafen b. Pratje a. a. O. Nr. 2. Lappenbergs Grundriß der Bremischen Geschichte, b. Pratje a. a. O. Samml. 1. Nr. 4. Samml. 2. Nr. 5. Rothii rec Stadenses. Scheidts Aufsatz in den Hannov. nützlichen Sammlungen v. J. 1758, S. 1071 u. f. Schlichthorst Beyträge zu der Geschichte der Herzogth. Brem. und Verd. B. 2. Nr. 1.

Erzbischof Siegfried während des Herzogs Abwesenheit das Land occupirte: so räumte doch sein Nachfolger Hartwig d. 2te, nach Heinrichs Zurückkunft, diesem das Schloß nebst der Grafschaft wieder ein s). Der Besitz gieng zwar i. J. 1192 abermals verlohren, und ward abwechselnd von dem Erzbischofe und dem Grafen Adolph von Schauenburg behauptet, die Söhne Heinrichs des Löwen eroberten aber 1202 Stade von neuem. Bey der 1203 zwischen den drei Söhnen des Herzogs vorgenommenen Theilung fiel die Stadt und Grafschaft dem ältesten Pfalzgrafen Heinrich zu t), welcher bis 1205 im Besitze derselben blieb, da der Erzbischof Hartwig seine Abwesenheit benutzte und Stade eroberte. Die sowohl hierüber als über andere Gegenstände entstandenen Streitigkeiten mit dem Erzstifte wurden endlich 1219 zwischen dem Pfalzgrafen und dem Erzbischofe Gerhard dem 2ten dahin verglichen, daß Ersterer, zum Ersatze für zugefügten Schaden, und um Absolution vom Banne zu erhalten, dem Erzstifte die ganze Grafschaft Stade quoad dominium directum abtrat, dieselbe aber auf seine Lebenszeit von dem Erzbischofe zu Lehn erhielt u). Den Pfalzgrafen mogten jedoch die durch den Vergleich eingegangenen Bedingungen wohl bald gereuen; denn schon vier Jahre nachher (1223) setzte er seinen Neffen Otto den Knaben nicht nur im Allgemeinen zum Erben ein, sondern überwies demselben auch besonders die Grafschaft Stade x). Des Oheims Absicht, seinem Neffen die von dem Erzstifte Bremen zu Lehn gehabte Grafschaft zu überlassen, ward

s) Staphorst Hamburg. Kirchen-Historie. Th. 1. B. 1. S. 588.

t) Orig. Guelph. T. 3. pag. 626.

u) Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. Seite 102. Diplom. Stad. Nr. 10.
Orig. Guelph. Tom. 3. pag. 662.

x) Pratje a. a. O. Seite. 106. Orig. Guelph. T. 4. pag. 98.

ward aber nicht erreichet; denn der Erzbischof Gerhard der 2te nahm das Land in Besitz, als 1227 der Pfalzgraf verstarb. Sehr natürlich war es wohl unter diesen Umständen, daß, bey den Streitigkeiten, worin damals Otto der Knabe mit dem Kaiser Friedrich dem 2ten lebte, der Erzbischof auf des Kaisers Seite trat, und daß er auf alle Weise des Herzogs Ansprüche auf die Bremischen Lehne seines Oheims zu entkräften suchte y).

Aufgebracht über dieses Verfahren, verband sich der Herzog mit den damals den Erzbischof bekriegenden Stedingern, und fügte dem Erzstifte Bremen vielen Schaden zu z).

In dieser Lage waren die Sachen, als der Kaiser, auf des Erzbischofs Gerhard des 2ten Fürbitte, im Mai 1235 das Privilegium wegen der Zoll-Freiheit der Stadt Stade ertheilte. Noch in demselben Jahre erfolgte die Versöhnung zwischen dem Kaiser und Herzog Otto dem Knaben. Letzterer trug seine Erblande dem Kaiser zu Lehn auf, und unterm letzten October 1236 wurden zwei zu Augsburg datirte kaiserliche Mandate erlassen, wodurch sowohl die Ministeriales infra Comitatum Stadensem constituti, et ad dominium de Brunesvic attinentes, als auch die Stadische Bürgerschaft, die Anweisung erhielten, den Befehlen des Herzogs zu gehorchen, und alles an sich Gerissene zu erstatten. In dem Mandate an die Stadt Stade heißt es: Mandamus quatenus ea, quae de hereditate Principis tenetis,

y) Um den letztgedachten Zweck desto sicherer zu erreichen, suchte der Erzbischof um die Kaiserliche Bestätigung des 1219 mit dem Pfalzgrafen Heinrich eingegangenen Vergleichs nach, und erhielt dieselbe auch im März 1232. Orig. Guelph. Tom. 3. pag. 665.

z) Chron. Comit. Schaumburg. pag. 29.

tis, restituatis, et dimittatis eidem Principi nostro, nec aliquam ei super his molestiam inferatis a).

Beide Mandate blieben aber ohne volle Würkung, weil der Herzog sich durch Vermittelung des Bischofs von Paderborn dahin verglich, daß er die eroberten Orte im Erzstifte Bremen und der Grafschaft Stade räumte, die Schlösser Ottersberg und Harburg, welche bis dahin zum Erzstifte gehöret hatten, demolirte, und dagegen Harburg nebst noch andern Stücken von dem Erzbischofe zu Lehn erhielt. Von diesem Frieden an ist die Stadt und Grafschaft Stade unverrückt bey dem Erzstifte Bremen geblieben, und daran von den Herzogen zu Braunschweig kein weiterer Anspruch gemachet worden.

Man würde sehr irren, wenn man aus diesen Thatumständen die Folge ziehen wollte, daß das Zollfreiheits-Privilegium ungültigerweise, während eines widerrechtlichen und blos gewaltsamen Besitzes der Grafschaft Stade durch den Erzbischof Gerhard, von dem Kaiser ertheilet, oder doch wenigstens durch die 1236 zu Gunsten Herzogs Otto des Knaben erlassenen kaiserlichen Mandate widerrufen sey. Gesetzt auch, man wollte annehmen, daß damals die Reichs-Stände bereits eine wahre Landes-Hoheit gehabt hätten, und daß ferner Otto der Knabe zu der Zeit, als das Privilegium ertheilet wurde, völlig zweifelsfrei Landesherr zu Stade gewesen wäre, so folget doch daraus keinesweges dessen Recht auf den dortigen Zoll.

Schon im Allgemeinen genommen, ist die Zoll-Erhebung ursprünglich keine nothwendige und unzertrennliche Folge der Landes-

a) Pratje a. a. O. Seite 116.
Orig. Guelph. l. c. pag. 168.

Landes-Hoheit b), obgleich dieses Recht an den mehrsten Orten, theils durch Kaiserliche Concessionen, theils durch anfänglich unrechtmäßige, in der Folge aber mittelst der Verjährung bestätigte Usurpationen an die Landesherren gekommen ist. Was aber besonders die Grafschaft Stade betrifft, so beweiset es die Geschichte, daß die Zölle in derselben und der dortigen Gegend auf keine Weise den Grafen von Stade zustanden, sondern daß sie anfangs zu dem Kaiserlichen Fiscus gehörten, und nachmals dem Erzstifte zu Bremen verliehen wurden. Der Kaiser Conrad II. verlieh bereits dem Erzbischofe Bacelinus nicht allein 1035 den Zoll zu Bremen, sondern auch 1038 den Zoll zu Stade, und den zu Eßlingen oder Heßlingen, Amts Zeven in der Grafschaft Stade, und zwar den letzteren mit folgenden Worten: Theloneum autem, et quidquid ad nostrum Imperiale Jus pertinet, libere utendum concedimus c). Alles dieses bestätigte Kaiser Heinrich III. i. J. 1040, und schenkte dem Erzstifte noch viele andere Kaiserliche, in der Grafschaft Stade belegene Güter nebst den Zöllen d), daher denn auch, bey der 1062 geschehenen Ueberlassung der Grafschaft an das Erzstift Bremen gegen gewisse Lehne, von den Zöllen gar nicht die Rede war.

Die alten Grafen von Stade, in deren Rechte Heinrich der Löwe und dessen Nachfolger succediren wollten, waren solchemnach weder Zollherrn zu Stade selbst, noch in der Grafschaft, und am allerwenigsten in dem ganzen Bremischen Kirchen-Sprengel. Herzog

b) Pfeffinger Vitriar. illustrat. Tom. 3. pag. 500.
Pütters deutsches Staats-Recht. §. 193.
Seckendorf Deutscher Fürsten-Staat. Th. 3. Cap 3. Sect. 3. §. 2.

c) Staphorst Hamburg. Kirchen-Geschichte. Th. 1. B. 1. S. 388.

d) Staphorst a. a. O. Seite 419 und 422.

zog Otto der Knabe war, er mogte Landesherr zu Stade seyn oder nicht, bey der den dortigen Bürgern verliehenen Zoll-Freiheit gar nicht interessiret, und die zu seiner Begünstigung 1236 ertheilten Kaiserlichen Mandate können daher schlechterdings nicht auf die Zurücknahme einer ihm ganz unschädlichen Exemtion, nämlich auf die Revocation des Privilegii wegen der Zoll-Freiheit, mitgedeutet werden.

4.

Die Gültigkeit des Privilegii ward auch in den nachfolgenden Zeiten von den verschiedenen Landesherren des jetzigen Herzogthums Bremen anerkannt. Die erste Confirmation der Stadischen Privilegien ist von Gerhard dem 2ten, demselben Erzbischofe, der sich bey dem Kaiser wegen der Zoll-Begnadigung verwendete, i. J. 1252 gegeben und bestätiget; Ea jura, quae a nostris (Archiepiscopi) Praedecessoribus privilegiis et scriptis sunt roborata, et quae juste usque ad nos perduxerunt, et sub nobis possederunt e).

Das Kaiserliche Zoll-Privilegium wird hier zwar nicht ausdrücklich erwähnet: indessen bedarf es einer solchen Erwähnung auch um so weniger, da Gerhard die Begnadigung selbst ausgewürket hatte, und es unglaublich ist, daß derselbe die Absicht gehabt haben könnte, sein eigenes Werk stillschweigend wieder aufzurufen, gesetzt auch, es hätte dieses damals noch in seiner Macht gestanden. Bestimmter ist in der von Gerhards Nachfolger, dem Erzbischofe Hildebold, i. J. 1259 ertheilten Confirmations-Urkunde von der Zoll-Freiheit die Rede. Es wird darin, nach einer vorgängigen allgemeinen Bestätigung sämmtlicher

e) Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. Seite 121. Diplom. Stad. Nr. 24.

licher Stadischen Freiheiten und Rechte, ausdrücklich gesaget: Item cives annonam, et alias res proprias, sine thelonio, et sine qualibet alia exactione educant f). Diese Confirmation Erzbischofs Hildebolds ward von allen dessen Nachfolgern in den Jahren 1278, 1328, 1345, 1361 wörtlich wiederholet, und nachmals in den Jahren 1396, 1409, 1424, 1436, 1442, 1512, 1583 und 1636, unter der allgemeinen Benennung: aller der Rechte, Sitten, Gewohnheiten, Freiheiten und Privilegien, welche die Stadt bey der Vorfahren Zeiten gehabt — bestätiget. Nachdem durch den Westphälischen Frieden das Erzbißthum Bremen secularisiret, und als ein Herzogthum mit allen Rechten, welche vorhin die Erzbischöfe als Landesherrn gehabt, der Krone Schweden abgetreten war, sandte die Königin Christine verschiedene Commissarien in das Herzogthum, um sowohl wegen der zu machenden Einrichtungen alles zu untersuchen, als mit den Landständen überhaupt, und besonders auch mit der Stadt Stade, über die zu leistende Huldigung und die dagegen von der Königin zu ertheilende Confirmation der Privilegien, Handlung zu pflegen h). Die Commissarien ließen sich die Privilegien

 der

f) a Pufendorf Observat. Tom. 2. App. pag. 157. Pratje a. a. O. Seite 124.

g) Pratje a. a. O. S. 157 u. f.

h) Die Königl. Gevollmächtigten waren: der Reichs-Rath Rosenhaan, Feld-Marschal Königsmark, Geheimer-Krieges-Rath Erskein und Canzler Stuck. Bey der Gelegenheit wurden auch sämmtliche Landes-Privilegien reguliret. Die Commissarien informirten sich zuvörderst aus dem Landesherrlichen Archive, stellten darauf verschiedene Zusammenkünfte mit den Deputirten der Stände an, ließen sich der gesammten Stände insgemein, und eines jeden Standes besonders hergebrachte Rechte und Privilegien, und darüber vorhandene Recesse, vortragen und vorlegen; veranlaßten nach deren Erwä-

der Stade vorlegen; und ein Protocoll vom 30. August 1651 zeiget, daß der Magistrat es nicht versäumte, auch die Kaiserliche Begnadigung v. J. 1233 wegen der Zoll-Freiheit zu produciren. Nach einer genauen Prüfung der Städtischen Rechte ward am 3ten Februar 1652 der sogenannte Fundamental-Receß mit der Stadt vollzogen i), und unterm 23. Junius desselben Jahres erfolgte die allgemeine Königliche Confirmation aller Rechte, löblichen Sitten, Gewohnheiten, Freiheiten, Privilegien und Immunitäten, wie solche, sowohl bey der vorigen, als zuletzt gewesenen Erzbischöfe Zeiten, besessen und gebrauchet worden k).

Während der Regierung des Königs Carl Gustav, kam wegen der Bestätigung der Privilegien nichts besonderes vor. Als aber nach dessen 1660 erfolgtem Tode, während der Minderjährigkeit Königs Carl II., die unter dem Vorsitze der Königin Hedewig Eleonore verwaltete Vormundschaft die Rechte der Bre-

Erwägung einen allgemeinen Landtages-Convent, und verglichen sich darauf zuerst mit den Ständen eines gemeinen Abschiedes, welcher zu Bremen den 31. Jun. 1651 vollzogen ward. S. Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 3. Seite 269. Hiernächst giengen die Commissarien mit den Deputirten der Land-Stände die vormaligen Recesse, Reversalen u. s. w. durch, und extrahirten daraus Privilegia Ordinum generalia in 12 Capiteln, und Privilegia Nobilium specialia in 13 Capiteln, worauf am 7ten Jul. 1651 solche Privilegien confirmiret wurden. Pratje a. a. O. Seite 197.

i) Es findet sich dieser Receß abgedruckt in Schlichthorsts Beyträgen zur Geschichte der Herzogth. Brem. und Verden. B. 2. S. 57 u. f. S. a Pratje Herzogth. Brem. u. Verd. Samml. 6. Seite 354.

k) Schlichthorst a. a. O. B. 3. Seite 48.

Bremischen Landstände vielfältig zu schmälern suchte, so veranlaßte dieses eine Menge von Beschwerden und Verhandlungen l), welche endlich die Niedersetzung einer neuen Commission herbeyführten m). Vor dieser Commission wurden alle Ständische Privilegien abermals genau geprüfet, in vielen Puncten geändert oder erläutert, und so viel möglich eingeschränket n). Auch die Stadische Zoll-Freiheit kam zur Untersuchung, und auf Verlangen der Commissarien producirte der Magistrat i. J. 1688 die Abschrift, nachher aber i. J. 1691 auch das Original des Privilegii Kaisers Friedrich II. Endlich erfolgte im Januar 1692 die Bestätigung der Privilegien, mit wörtlicher Einrückung der von der Königin Christine gegebenen Bestätigung, ohne daß dabey einer Einschränkung der aus dem Kaiserlichen Privilegio behaupteten Zoll-Freiheit gedacht wurde. Alle folgende Königlich Schwedische Confirmationen blieben der ebenerwähnten völlig gleichlautend. Als i. J. 1715 das Churhaus Braunschweig-Lüneburg zu dem Besitze des Herzogthums Bremen gelangete, fieng man sofort an, den Rechten und Prätensionen der Stände nachzuforschen. Die Stadt Stade übergab damals am 8. Januar 1716 eine schriftliche Darstellung ihrer Verfassung und ihrer

l) Die auf die mancherley Beschwerden der Stadt Stade damals ertheilten Resolutionen finden sich b. Schlichthorst a. a. O. B. 3. Seite 81 u. f.

m) Die damals ernannten Commissarien waren der Feldmarschall Baron Horn, der Graf Niels Bielcke, und der Wismarsche Tribunals-Vice-Präsident von Owstien.

n) Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. S. 197. Der bey dieser Gelegenheit verfaßte sogenannte Commissions-Receß vom 20. Jul. 1692 findet sich b. a Pufendorf in Observat. T. 4. App. pag. 495 — 595.

ihrer Privilegien der Regierung zu Stade o), und führte nicht allein darin die aus der Kaiserlichen Begnadigung zustehende allgemeine Zoll-Freiheit als ein zweifelfreies Recht auf, sondern producirte auch kurz darauf, am 10. Jan. 1716, das Original des Kaiserlichen Privilegii p).

Ob damals und überhaupt von dem Könige Georg I. die städtischen Privilegien ausdrücklich confirmirt seyn, ist zwar aus öffentlichen Nachrichten nicht zu ersehen. Es bedurfte indessen einer solchen Bestätigung nicht einst, da der König in dem Stockholmer Friedens-Schlusse v. 23. November 1719 Art. 4. ausdrücklich versprach: Alle Unterthanen — auf dem Lande sowohl als in denen Städten ermeldter Herzogthümer Bremen und Verden — bey ihren wohlhergebrachten Freiheiten, Gütern, Rechten und Privilegien insgemein und absonderlich, jederzeit unbekümmert und unbekränkt zu lassen, zu handhaben und zu schützen q). Dahingegen ist die Confirmation sämmtlicher Privilegien, mit wörtlicher Wiederhohlung der durch die Königin Christine 1652 geschehenen Bestätigung, von dem Könige Georg II. am 12ten Julius 1735, und von dem jetzigen Könige

o) Diese von dem damaligen Stadt-Syndicus D. Heinrich Heisling verfaßte Schrift ist überschrieben: Gründlicher Entwurf der Stadischen Verfassung, sonderbaren Rechte, Privilegien, Freiheiten und Beschwerden; und findet sich ihrem ganzen Inhalte nach abgedrucket i. Schlichthorsts Beyträgen zur Geschichte der Herzogth. Brem. und Verden. B. 3. Nr. 1. Seite 5 u. f.

p) S. Schlichthorst a. a. O. Seite 29. und Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. S. 385.

q) Pratje Altes und Neues aus den Herzogth. Brem. und Verd. B. 7. S. 30.

Könige Georg III. am 22sten Mai 1767, der Stadt Stade ertheilet r).

5.

Was die würksame Observanz des Zoll-Privilegii betrifft, so kann diese von den Regierungen der Erzbischöfe her, nach einem so langen Zeitverlaufe, zwar um so weniger völlig klar erwiesen werden, da einestheils der Umstand, daß die Stadischen Bürger keinen Zoll entrichtet haben, eine Negative in sich schließt, und da anderntheils bey dem großen Stadischen Brande i. J. 1659 das ganze rathhäusliche Archiv, bis auf ein Kästchen, worin sich die Original-Privilegien befanden, im Feuer aufgegangen ist s). Unbe-

r) Obgleich diese Confirmation. Privilegior. nur generel sind, und des Zoll-Freiheits-Privilegii nicht ausdrücklich erwähnen, so beweisen dieselben doch vollkommen für die Stadt Stade, weil es sich zeiget, daß das Zoll-Privilegium mehrmals produciret ist, und daß die Confirmationen cum plena causae cognitione ertheilet sind. Boehmer Jur. Eccles. Protest. Tom. 1. Lib. 2. Tit. 30. §. 5.

s) Sehr bemerkenswerth ist es indessen, daß in einem zwischen dem Magistrate zu Stade und einer daselbst etabliret gewesenen Englischen Handlungs-Compagnie i. J. 1587 geschlossenen Contracte über die der gedachten Societät verliehenen Freiheiten sich eine Stelle findet, woraus die damalige Zoll-Freiheit der Stadischen Bürger, von allen Kram-Waaren bey der Ein- und Ausfuhr, ziemlich deutlich zu erhellen scheint. In §. 15 des Contractes wird nämlich den Englischen Kaufleuten versprochen, daß sie sowohl dem Erzbischofe, als der Stadt, den niedrigsten je von Engländern entrichteten Zoll zahlen sollten, und diesem ist die Clausel beygefüget: Nihilominus eo severe prohibito, ne quis Anglus ullum usurpet nomen aut signum civis aut incolae ullius in fraudem vectigalium. S. Pratje Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. Seite 217.

Ueberzeugende Beweise für die Observanz des Privilegii finden sich aber aus neueren Zeiten.

Im Anfange dieses Jahrhunderts entstand zwischen dem Magistrate zu Stade und der Königl. Schwedischen Cammer, wie auch dem Ober-Inspector Scharnhorst, ein Streit wegen prätendirten Land-Zolles von ein- aus- und durchgehenden Sachen. Die damalige Schwedische Regierung erkannte am 30sten October 1705: „daß Kläger das allegirte Privilegium Imperat. Friderici de anno 1233., und zwar innerhalb 14 Tagen, originaliter ad Acta zu produciren hätten. Dieses geschahe, und am 19ten Junius 1708 ward folgende Sentenz eröffnet: „daß die Stadischen Bürger von dem qu. Land-Zoll zwar zu befreien, ausserhalb der Stadt Wohnende aber von demjenigen, was sie aus- ein- und durchfahren, von denen in der Zoll-Rolle specificirten Parcelen den gewöhnlichen Zoll zu geben schuldig seyn."

Von dem Zeitpuncte an, da das Herzogthum Bremen an das Haus Braunschweig Lüneburg gekommen ist, leidet der Besitz-Stand noch viel wenigern Zweifel. Am 17. December 1722 rescribirte die Königl. Regierung zu Stade dem Einnehmer Focht zu Neuhaus:

> rc. rc. beschweren sich B. und Rath allhier, daß ihr dem Land-Rath und Bürgermeister Heisling wegen 900 großer gebackenen Brunnen-Steine, so er von der Osten abhohlen lassen, 4 L. Sßl. an Zoll abgefordert. Wann es nun andem, daß alhiesige Stadt, deren Bürger, und insonderheit Magistrats-Personen, von allem Zoll befreiet und eximiret, deswegen auch mit Kaiserl. Privilegiis und andern praejudicatis von vormaligen Zeiten her versehen, sie also darin nicht turbiret, sondern billig dabey gelassen und mainteniret werden müssen; Als habet ihr euch nicht allein pro futuro darnach zu achten, sondern auch die — abgenommene 4 L. Sßl. zu restituiren. u. s. w.

Als nicht lange darauf wegen der Verzollung des Krum-Holzes Zweifel entstanden, so erließ die Königliche Cammer zu Hannover den 3. December 1725 folgendes Rescript an den Amtmann Klüver zu Stade, welches auch dem Ober-Zoll-Inspector Emmen zur Nachricht mitgetheilet ward:

ꝛc. ꝛc. Als Wir aber bey der seiterdem dieserhalb eingezogenen weitern Information ersehen, wasmaßen dieser Handel eigentlich von einigen dasigen Stadt-Bürgern getrieben wird; und aber dortige Bürgerschaft nicht nur in anno 1233 ab Imperat. Friderico dahin privilegirt ist, quod ab omni exactione Theloneï per totam Bremensem Dioecesin, de rebus et mercimoniis, quae emerint et vendiderint, in eundo et redeundo liberi maneant et immunes, wie die Worte des Privilegii lauten, sondern auch dessen sich bis anhero zu erfreuen gehabt; Als finden Wir die Introducirung einigen Land-Zolles von dem Krum-Holze qu. in der Stadt Stade bedenklich zu seyn, und wollen, daß ihr solches, so lange ihr keines andern befehliget werdet, zollfrei passiren lasset.

Ein gleiches Rescript wegen der Zoll-Freiheit des Krum-Holzes, welches mit dem vorstehenden beynahe wörtlich übereinstimmet, ergieng aus K. Cammer an demselben Tage an die Zoll-Bediente zu Brunshausen, woselbst bekanntlich der Wasser-Zoll erhoben wird.

In der Folge erließ die K. Regierung zu Stade nicht allein am 16 März 1728 ein Mandatum de non turbando an den Zoll zu Neuhaus, sondern rescribirte auch am 4. November 1746 dem dortigen Zoll-Verwalter Wolf folgendermaßen:

Es ist von B. und Rath dieser Stadt Beschwerde darüber eingegangen, daß ihr von dem Torf, welchen der hiesige Bürger-Worthalter Advocat Ritter von Westersode durch den Schiffer Dreves zu seiner Haushaltung anhero fahren lassen,

1 Thlr. Zoll genommen, da doch die Bürgerschaft hieselbst, sowohl als der Magistrat, mit der Zoll-Freiheit privilegiret wäre. Wie es nun andeme, daß solche Freiheit vom Zoll den Magistrats-Personen und Bürgern, vermöge Privilegiorum und Iudicatorum zukömmt, maßen deshalber vorhin schon unterm 12. Decemb. 1722, und 16. März 1728, an eure Vorgänger im Amte Bedeutung und Befehl ergangen; Also habt ihr obgemeldeten 1 Thlr. zu restituiren, und euch künftig hiernach allerdings zu achten.

Zugleich erhielten auch die Beamte zu Neuhaus, unter Mittheilung des ebenerwähnten Rescripts, den Befehl, die Stadischen Magistrats-Personen und Bürger, auf deren Ansuchen, bey ihrer Gerechtigkeit und Freiheit zu schützen.

Bald darauf, am 2ten December 1746, rescribirte die K. Regierung zu Stade dem dortigen Magistrate:

Wenn jemand aus eurem oder der hiesigen Bürgerschaft Mittel zollbare Sachen kommen lässet, kann es allemal der Zoll-Freiheit halber Weitläuftigkeit und Streit geben, weil ein Zoll-Einnehmer nicht wissen kann, ob es wahr, daß die Sachen einem Stadischen Membro Senatus oder Bürger zugehören, auch nicht schuldig ist, darunter dem bloßen Vorgeben eines Schiffers oder Fuhrmanns zu glauben. Demnach werdet ihr anordnen, daß ein jeder in solchem Falle sich zu seiner Legitimation mit einem glaubhaften Attestato versehe.

Endlich ergieng am 30. October 1747 folgendes Rescript der K. Regierung zu Stade an die Beamte zu Bremervörde:

Hiesiger Magistrat — hat Beschwerde deswegen eingebracht, daß Postel zum Baßbeck hiesige beede Knochenhauer Siebe und Bade angehalten, für 18 Ochsen Zoll zu entrichten. Nun stehet ausser Zweifel, daß den Stadischen Bürgern

gern die Zoll-Freiheit vermöge Privilegii und judicati zukömmt. Derohalben habt ihr gedachten Postel zu Ristituirung der 18. Sßl. Zoll anzuhalten, und selbigen zu bedeuten, daß er künftig die Waaren, so den Stadern zuständig, zollfrei müsse passiren lassen. Zu welchem Ende ein Attestat muß produciret werden, wenn ein Tertius die Waaren führet; sind aber die Eigenthümer selbst dabey, und bekannt, daß sie Stader Bürger, wie in casu praesenti, oder können dieses dort glaubhaft machen; so ist es genug daran.

Alles dieses enthält eine Kette von Beweisen, sowohl des beständig behaupteten Besitzes der generellen Zoll-Freiheit auf Seiten der Stadt Stade, als deren Anerkennung auf Seiten des Zoll-Herrn. Mögen immerhin dann und wann einzelne Bürger in einzelnen Fällen sich zu der Entrichtung eines Zolles verstanden haben; so schadet doch dieses der fortdauernden Gültigkeit und Observanz des Privilegii keinesweges. Soll aus den Handlungen einzelner Mitglieder einer Universität, welche sich einer Abgabe unterworfen haben, davon dem Ganzen die Befreiung durch ein Privilegium verliehen ist, geschlossen werden, daß die ganze Universität das Privilegium aufgegeben habe; so muß die Befreiung theils von vielen und den mehrsten Mitgliedern, theils häufig und seit langer Zeit bey Seite gesetzet, theils von denen, welche die Universität repräsentiren, in kund gewordenen Fällen nicht widersprochen seyn t). Alles dieses tritt hier um so weniger ein, da der

t) Gailius Lib. 2. Obs. 60. Mevius P. 4. Decis. 78. Carpzov P. 2. Const. 6. def. 1. a Pufendorf de Privileg. pag. 54. In Gemäßheit dieses Grundsatzes hat das K. O.A.Gericht auch am 24sten Nov. 1736 i. S. der Aemter Lüchow und Bodenteich wider B. und R. der Stadt Lüneburg erkannt: Daß wenngleich ein oder anderer Bürger Zoll erleget, solches der ganzen Bürgerschaft nicht präjudiciren mögen, mithin der dieserwegen deferirte Eyd unstatthaft sey.

Magistrat zu Stade, so oft derselbe erfahren, daß man einem Bürger Zoll abgefordert, sofort contradiciret hat, und darauf von Seiten des Zoll-Herrn die Beschwerde jedesmal abgestellet ist. Die Nachlässigkeit einzelner Bürger, welche vielleicht von dem Privilegio nicht einst gehörig unterrichtet gewesen seyn mögen, kann daher dem Rechte der ganzen Stadt und Bürgerschaft nicht nachtheilig werden.

6.

Als i. J. 1763 zwey Schiffer, welche für den Holzhändler Pohlmann zu Stade Krum-Holz geladen hatten, und mit einem Scheine darüber versehen waren, daß dieses Holz einem Stader Bürger gehöre, bey dem Zolle zu Gestendorf genöthiget wurden, 7 Thl. 26½ Grot Zoll zu bezahlen; so veranlaßte dieses eine wider den Anwald der Königl. Cammer gerichtete Klage des Magistrats zu Stade. Letzterer behauptete vorzüglich unter Beziehung auf das Privilegium Kaisers Friedrich II., für sich und jeden Bürger in Stade eine völlige Zoll-Freiheit bey allen Land- und Wasser-Zöllen, binnen dem jetzigen Herzogthume Bremen, in Ansehung aller sowohl nach Stade einzuführenden, als aller von dort, es sey ganz ausserhalb Landes oder an andere Orte Binnen-Landes auszuführenden Sachen und Waaren.

Das Hof-Gericht zu Stade erkannte zum Vortheile des klagenden Magistrats; und als der Cammer-Anwald appellirte, so ward dieses Erkenntniß von dem K. O.A.-Gericht, durch die Sentenz vom 10. Jun. 1775, folgendermaßen bestätiget:

„Alldieweil das der Stadt Stade von dem Kaiser Friedrich II. im Jahre 1233 ertheilte Privilegium, wenn solches zuvor durch Production des Originals gehörig bestärkt seyn wird, sonderlich bey denen hinzu gekommenen Landesherrlichen Bestätigungen, und beständig auf Seite der Stadt behaupteten, und

von

von der Landesherrschaft anerkannten und aufrecht erhaltenen Observanz die angemaßte allgemeine Zoll-Freiheit der Stadt und Bürgerschaft zu Stade, bey der Ein- und Ausfuhr der ihnen eigenthümlich zustehenden Sachen und Waaren bey allen Land- und Wasser-Zöllen des Herzogthums Bremen genugsam begründet; derselben auch dadurch, daß einige Bürger zuzeiten sich der Zoll-Entrichtung unterworfen, keinesweges präjudiciret werden mögen; der sogenannte Hohe-Cammer-Zoll von Holze und Viehe auch, aller unerheblichen Einwendungen ungeachtet, für einen Waaren-Zoll, und nicht für einen davon unterschiedenen Impost, mithin unter der allgemeinen Exemtion um so mehr begriffen zu achten, als Appellant, weder daß man sich diesen Abgiften ausdrücklich unterworfen habe, noch daß desfalls das Herkommen eine stillschweigende Observanz zeige, darzuthun vermogt; daß daher — Sententia a qua in allen Puncten zu bestätigen sey.

In Gemäßheit dieses rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses, erließ die K. Cammer, nachdem das Original des Zoll-Privilegii bey dem Hof-Gerichte zu Stade produciret war, am 29. Julius 1795 ein allgemeines Ausschreiben wegen der Stader Zoll-Freiheit an alle Aemter des Herzogthums Bremen u); auch ergieng

u) Dieses gedruckte Ausschreiben lautet wörtlich dahin: „Nachdemmalen ein zwischen K. Ch. Cammer und B. und R. der Stadt Stade seit einigen Jahren bestandener Rechtsstreit, wegen der von den Stader Bürgern begehrten Zoll-Freiheit, sowohl bey K. Ch. Hof-, als O.A.-Gerichte, zum Vortheil der Stader Bürger entschieden werden; so lassen Wir euch von beiden Erkenntnissen zu eurer Direction und Nachricht Copeien hieneben zugehen, und habet ihr, bey vorkommenden Fällen, von den passirenden Stader Bürgern eine von ihrer Obrigkeit oder von der Cämmerei auszugebende Bescheinigung, daß die Waaren und Sachen, so die Bürger entweder auswärts gekaufet haben, und einführen, oder auswärts verkaufet haben und ausführen,

ergieng zu eben dem Ende unterm 13. November 1780 ein gedrucktes Patent aus der K. Regierung zu Stade x).

In neueren Zeiten entstand darüber ein Zweifel, ob die Zoll-Freiheit der Stader Bürger sich blos auf die von Stade aus und dahin einzuführenden Waaren beschränken, oder auch auf solche Waaren ausgedehnet werden müsse, die ein Stader Bürger ausser-

ren, ihnen würklich eigenthümlich zustehen, und auf ihre eigene Rechnung und Gefahr ein- oder ausgeführet werden, zu verlangen, und sämmtliche Zoll-Bediente davon zu benachrichtigen.

x) Das Regierungs-Patent ist folgendermaßen abgefasset: „Auf geziemendes Ansuchen von B. und R. der Stadt Stade, und ausdrückliche Genehmigung Königl. Ministerii, wird hiedurch öffentlich bekannt gemacht, welchergestalt der zwischen K. und Ch. Cammer und der Stadt Stade vorhin obgeschwebte Rechtsstreit wegen der Zoll-Freiheit der Stader Bürger im ganzen Herzogthum Bremen schon vor einigen Jahren, sowohl bey K. und Ch. Hof-, als O.A.-Gerichte, zum Vortheil gedachter Stader Bürger entschieden worden. Zugleich wird in Ansehung der Legitimation hiemit festgesetzet: daß mehrgedachte Stader Bürger jedesmal, mittelst einer von ihrer Obrigkeit oder der Cämmerei auszugebenden Bescheinigung, bey Passirung der Zollstäten gehörig darzuthun haben, daß die Waaren oder Sachen, welche ein- oder ausgeführet werden, einem Stadischen Bürger würklich eigenthümlich zustehen, und auf seine eigene Rechnung und Gefahr ein- oder ausgeführet werden, damit aller sonst gar leicht mögliche Unterschleif verhütet werde. So wie nun alle und jede, denen dieses angehet, besonders die Obrigkeiten und Zoll-Bedienten, sich Obiges in vorkommenden Fällen zur Nachachtung dienen zu lassen; so ist auch gegenwärtiges Proclama, zu desto mehrerer Bekanntmachung, öffentlich, und besonders in allen Zollstäten, anzuschlagen.

ausserhalb der Stadt im Herzogthum Bremen kaufe, an dem Orte des Ankaufs einschiffen, und so nicht nach Stade, sondern direct nach einem fremden Lande, z. B. nach Hamburg, die Stadt Stade vorbey, transportiren lasse? Der Anwald K. Cammer suchte am 16. Junius 1797 wegen dieses Zweifels bey dem K. O.A.-Gerichte um eine Declaration der Sentenz v. J. 1775 nach, und erhielt unterm 22. September 1798 folgenden Bescheid:

„Da Unser am 10. Jun. 1775 eröffnetes Urthel ganz deutlich die allgemeine Zoll-Freiheit der Stadischen Bürger, bey allen und jeden Land- und Wasser-Zöllen Unsers Herzogthums Bremen, festsetzet, mithin eine Erklärung desselben ganz überflüssig, und die von Appellanten behauptete Einschränkung dem deutlichen Inhalte Unsers Urthels ganz zuwider ist; so findet das Gesuch nicht Statt."

LXXV. Erörterung.

Von der Bedeutung des in einem alten Privilegio wegen der Zoll-Freiheit vorkommenden Ausdrucks: Annona.

Die Stadt Stade hat in dem Jahre 1204 von dem damaligen Erzbischofe Hartwig zu Bremen, und wörtlich gleichlautend in dem Jahre 1209 von dem Kaiser Otto IV. ein Privilegium erhalten, worin folgende die Zoll-Freiheit betreffende Worte vorkommen y): Civilibus de Stadio indulſimus, quod nullam

ab

y) Pratje Diplomat. Stad. pag. 95 ſeq. a Pufendorf Obſervat. Tom. 2. App. pag. 152.

ab eis pro eductu z) annonae, quam ſuo comparaverunt argento, pecuniam repetere debemus. Si quis autem annonam, aliano argento comparatam, educere attemptaverit, furti reus habeatur.

Die verliehene Zoll-Freiheit begriff ſolchemnach nicht alle Sachen und Waaren, ſondern nur *Annonam*; eine Benennung, deren Sinn zweifelhaft iſt, da ſolche ſowohl bey den Römern, als in den Urkunden der Mittel-Zeit, bald im weiteren, bald im engeren Verſtande gebrauchet ward. Man kann es zwar für gewiß annehmen, daß darunter nie andere Waaren, als die zu den Lebensmitteln gehören, und beſonders alle Arten des Korns verſtanden werden; allein, ob Annona das Korn ohne Unterſchied, oder nur das von der heurigen Erndte bedeute? und ob ferner auch andere von der Vieh- und Bienen-Zucht und dem Gartenbaue herkommende Victualien darunter begriffen ſind? iſt weniger ausgemacht.

Daß nur das Korn der letzten Erndte darunter zu verſtehen ſey, ſcheint die Abſtammung des Wortes von Annus anzuzeigen, wie

z) Das hier gebrauchte Wort: Eductus, kömmt bey den lateiniſchen Schriftſtellern der guten Zeit nicht vor. Selbſt im Mittel-Alter muß es ſehr ungewöhnlich geweſen ſeyn, da ſich daſſelbe weder bey dem Du Fresne noch in mehreren anderen Gloſſarien findet. Es leidet indeſſen keinen Zweifel, daß Eductus die Ausfuhr bedeute, und ein Synonymon des Wortes Exportatio ſey. Hieraus folget, daß in dem angezogenen Privilegio die Zoll-Freiheit blos bey der Ausfuhr der Annonae, nicht bey der Einfuhr ertheilet iſt, als welche eine der andern ſtets entgegen geſetzet werden, ſo wie ſchon Cicero de Officiis L. 2. Cap. 3. Oper. Exportationem earum rerum, quibus abundamus, der Invectioni earum, quibus egemus, entgegen ſetzet.

wie denn auch *Annona*, von Faber a) durch Fructus annuus — jährliche Früchte — und von Westenberg, nachdem derselbe die Ableitung des Wortes von Annus, gegen andere Derivationen vertheidiget hat, also erkläret wird: Annona nihil aliud est, quam fructuum, et maxime quidem frumenti unius anni proventus b).

Da man inzwischen bey einem Privilegio, wodurch der Kornhandel befördert werden sollte, wahrscheinlich nicht blos auf die letzte Erndte, sondern auch auf die in wohlfeilen Zeiten aufgeschütteten Früchte gesehen haben wird; so darf wohl angenommen werden, daß das Privilegium sich auf alles Korn, ohne Rücksicht auf das Jahr, worin dasselbe geerndtet ist, erstrecket.

Den Ausdruck: Annona, auf andere Victualien, ausser den Kornfrüchten, zu deuten, dürfte dahingegen nicht stattnehmig seyn. Freilich ist unstreitig das Wort manchmal auch von andern Victualien gebrauchet, so, daß man darunter alles was zum Lebens-Unterhalte gehöret, als Oel, Wein, Fleisch u. d. m. verstanden hat c). Dieses muß aber blos als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden. Sowohl bey den Römern als im Mittelalter ward der Ausdruck: Annona, in der gewöhnlichen Bedeutung, nur von Kornfrüchten — frumento — gebrauchet d), und in einem andern Privilegio, wodurch Rudolph Graf von Holstein, i. J. 1238, der Stadt Stade eine Freiheit vom

a) Faber Thes. erudit. scholast. verb. Annona.

b) Westenberg in D. Marco Diss. 17.

c) S. die von Westenberg l. c. §. 2. gesammelten Beyspiele, u. s. Brissonius de Verbor. signific. verb. Annona. A. Fritsch de Annona §. 2. 3.

d) Joh. Calvini Lexic. Jurid. voc. Annona. pag. 69. Du Fresne du Cange Glossar. verb. Annona.

vom Ungeld und Zölle verliehen hat, ist das Wort ausdrücklich von den Kornfrüchten aller Art folgendermaßen erkläret:

Hoc excepto, quod de annona Ungeld persolvant sicuti alii mercatores; de choro tritici, sive siliginis, qui Wispel vulgariter appellatur, duos solidos dabunt; de choro avenae unum solidum tantum dabunt e).

LXXVI. Erörterung.

Von der Befugniß des Magistrats der Stadt Verden, in den Ehe-Sachen der dortigen Bürger in erster Instanz zu erkennen.

Die Stadt Verden hat durch einen mit dem Königlichen Consistorio zu Stade geführten Rechtsstreit, die Befugniß erfochten, Ehe-Sachen ihrer Bürger in erster Instanz zu entscheiden.

Bald nach Abtretung des Fürstenthums Verden an die Krone Schweden, wurde der Stadt dieses Recht von dem Consistorio zu Stade streitig gemacht. Man versuchte zwar diese Mißhelligkeit, bey Gelegenheit der bekannten Haupt-Commission im Jahre 1692, durch eine gütliche Uebereinkunft zu heben f). Der Versuch hätte aber keinen glücklichen Erfolg.

Der

e) Pratje Diplom. Stad. pag. 118.

f) In dem Commissions-Recesse v. J. 1692, ist wegen dieses Gegenstandes enthalten:

Des 10. Gravaminis halber, scilicet des Juris cognoscendi in Matrimonialibus, haben — Ihro Königl. Majestät diese gnädig-

Der Rechtsstreit nahm also bey dem Königl. Hofgerichte zu Stade seinen Fortgang, und wurde durch eine von Helmstädt eingeholte Sentenz am 17. März 1710 dahin entschieden:

„Daß wofern die Stadt die eingewandte Exceptionem Praescriptionis immemorialis nicht besser als bislang erweisen würde, daß alsdann sie sich der prätendirten Cognition in Matrimonialibus gänzlich zu enthalten habe."

Die Stadt V. appellirte hiervon an das O A.-Gericht zu Wismar, und dieses erkannte am 4. Jul. 1712:

„Daß von Appellanten bessere Bescheinigung, daß die Stadt Verden, tempore pacis religiosae, eine freie Reichsstadt gewesen, und wann sie solches zu seyn aufgehöret habe, beygebracht werden solle. u. s. w."

Von Seiten der Stadt suchte man dieser Auflage Genüge zu leisten, und da während der Zeit die Herzogthümer Bremen

 und

gnädigste Resolution von sich gegeben: daß gleichwie das Königl. Consistorium, und auf dessen Geheiß der Advocatus Fisci der Stadt darunter Actionem moviret, Sie kein besser und dienlicher Mittel zu seyn fänden, als daß die Sache, wenn Consistorium seiner Intention noch ferner darunter getreuen sollte, ordentlich ausgeführet, und vor einem unparthelischen Gerichte, zwischen derselben und gemeldten Advocato Fisci, erörtert und decidiret werde; Welchemnach dann, weil — J. K. Maj. solches gehörigermaßen zu veranlassen befohlen, die Stadt, zum Fall sie darunter dem Consistorio zu cediren nicht gemeinet, bey Königl. Regierung sich zu erklären haben wird, welche alsdann zu der von J. K. Maj. intendirten ordentlichen und unpartheiischen Ausführung die Anstalt zu verfügen hat.

S. a Pufendorf Tom. 4. Observat. Append. pag. 581.

und Verden an das Churhaus Braunschweig-Lüneburg gekommen waren; so urtheilte das Königl. O.A.-Gericht zu Zelle, am 31. October 1732:

„Daß Appellanten (die Stadt) dasjenige, was ihnen beym Tribunale zu Wismar durch die interlocutorische Urthel vom 4. Julius 1712 zu bescheinigen und zu produciren auferleget, so viel die Cognition in caufis matrimonialibus betrifft, zur Nothdurft respective bescheiniget und erwiesen haben, dannenhero nunmehr die bey Unserm Hof-Gerichte zu Stade den 17. März 1710 publicirte Urthel und Decretum declaratorium vom 26. ejusd. dahin zu reformiren: daß Beklagte und Appellanten bey dem Jure cognoscendi in caufis matrimonialibus in erster Instanz zu lassen, und sie sich derselben zu unterziehen wohl befugt.

Durch diese Sentenz wird die Befugniß der Stadt Verden, in erster Instanz über Ehe-Sachen Erkenntnisse zu fällen, völlig ausser Zweifel gesetzt, und vermuthlich bewog dieses das Königl. Consistorium, auf eine Anfrage des weiland Consistor.-Raths von Stade, am 8ten März 1787 zu antworten: daß dem Magistrate zu Verden die ebenerwähnte Befugniß zustehe.

LXXVII. Erörterung.

In den Churhannöverschen Landen können die Untergerichte die Obergerichte einer anderen Landes-Provinz, in Rechtssachen, unmittelbar requiriren.

Verschiedentlich haben die Justiz-Canzleyen und Hof-Gerichte hiesiger Lande das Principium geltend zu machen gesuchet, daß die Untergerichte einer anderen Provinz des Landes nicht befugt wären, sie in Rechtssachen unmittelbar zu requiriren; sondern daß dergleichen Requisitionen, durch das dem requirirenden Richter vorgesetzte Obergericht, an das requirirte Collegium gebracht werden mußten. Diese von allem Rechtsgrunde entblößte Behauptung, deren Anwendung einen unnöthigen Aufenthalt der Rechtshülfe und eine Vermehrung der Kosten zur Folge haben würde, ist aber, wenn dieselbe zur Sprache kam, von dem K. O.A.-Gerichte stets zurückgewiesen.

In dem Jahre 1753 requirirte der Magistrat der Stadt Zelle die K. Justiz-Canzley zu Hannover, um die Insinuation eines, in der vor dem Magistrate rechtshängigen Genouxschen Curatelsache abgegebenen Bescheides.

Die Hannöversche Justiz-Canzley verfügte zwar die Insinuation, beschwerte sich aber bey der Justiz-Canzley zu Zelle darüber, daß die Requisition unmittelbar geschehen sey, und ver-

langte, daß dem Magistrate dieses für die Zukunft untersaget werden möge.

Die Zellische Justiz-Canzley rescribirte darauf dem Magistrate am 12. September 1753:

„ꝛc. ꝛc. Und wie Ihr selbst einsehen müsset, daß der von „Euch gebrauchte Modus, da Ihr ein auswärtiges Obergericht „zu requiriren Euch angemaßet, höchst unschicklich sey; also habt „Ihr in künftigen Fällen Euch entweder an Uns oder an das „K. und Churf. Hof-Gericht zu wenden, und daselbst um requi-„sitoriales gebührend nachzusuchen.“

Ueber den Inhalt dieses Rescriptes beschwerte sich der Magistrat bey dem K. O.A.-Gerichte, und dieses erließ, nach vorgängiger Berichts-Erforderung, unterm 12. Januar 1754 folgende abändernde Verfügung an die Zellische Justiz-Canzley:

„ꝛc. ꝛc. Nun ist die Befugniß, ein auswärtiges Ober-Ge-„richt in subsidium juris unmittelbar zu requiriren, weder in „den Gemeinen-Rechten, nach den hiesigen Landes-Gesetzen, den „Nieder-Gerichten benommen, und wenn dergleichen Requisition „in gebührenden terminis geschiehet, so lässet sich nicht behaup-„ten, daß selbige etwas unschickliches mit sich führe, vielmehr „gereichet solche zu Vermeidung unnöthiger Weitläuftigkeiten „und Kosten, indem, wenn von den Niedergerichten die Requisi-„tionen zuvörderst an die ihnen vorgesetzte Ober-Gerichte gebracht, „und von diesen wiederum der auswärtige Richter in subsidium „juris ersuchet werden sollte, dadurch nothwendig die Sachen „aufgehalten, und die Partheien mit mehreren Kosten beschweret „werden. Die von Euch vorgeschützte Observanz mag auch da-„gegen in einigen Betracht nicht gezogen werden, da eines theils „dieselbe, wenn sie erfindlich wäre, dennoch aus den vorange-„führten Gründen als ein Mißbrauch zu verwerfen seyn würde,

„anderntheils aber auch solche, rechtlicher Art nach, nicht dar-
„zuthun stehet, nachdem die von B. und R. angezogene Fälle,
„an deren Zueignung Ihr ohne Ursache zweifelt, das Gegen-
„theil bereits darlegen. Und da auch übrigens darauf, ob die
„Hannöversche Justiz-Canzley den von dem Stadt-Magistrate
„gebrauchten Modum anstößig gefunden habe oder nicht, es
„überall nicht ankömmt; So hättet Ihr billig Anstand nehmen
„sollen, demselben sein Verfahren, in Ansehung der von ihm in
„der Genouxschen Curatel-Sache vorgenommenen unmittel-
„baren Requisition, verweislich und als unschicklich vorzuhalten,
„und ihm aufzugeben, daß er in künftigen Fällen entweder an
„Euch oder Unser Hof-Gerichte sich wenden, und daselbst um
„Requisitoriales nachsuchen solle.

„Ihr habet demnach in Zukunft Euch dergleichen unverdien-
„ter Verweise zu enthalten, und die Nieder-Gerichte bey der ihnen
„zukommenden Befugniß, die auswärtigen Ober-Gerichte unmit-
„telbar zu requiriren, ungehindert zu lassen; gestalten denn auch
„der Hannöverschen Justiz-Canzley, um sich hiernach ebenmäßig
„zu achten, die nöthige Bedeutung gleichfalls geschehen wird."

Die Justiz-Canzley zu Hannover, welcher eine Abschrift dieses Rescripts, nebst der Anweisung, sich darnach zu achten, am 12. Jan. 1754 zugefertiget ward, suchte zwar, mittelst eines erstatteten Berichts, worin dieselbe vorzüglich auf die bisherige Observanz Beziehung nahm, eine Abänderung zu erwirken, sie erhielt aber am 29. November 1756 zur Resolution: daß es bey dem vorigen Rescripte sein Bewenden behalte.

Als neuerlich der Magistrat der Stadt Verden die Justiz-Canzley zu Hannover, wegen Anlegung eines gewissen Arrestes, unmittelbar requirirte, die hierauf erlassene Verfügung aber, von Hannover aus, der Justiz-Canzley zu Stade zu weiterer Besorgung zugefertiget wurde, und letztgedachtes Collegium, bey

Ueber-

Ueberſendung der Hannöverſchen Arreſtatorien nach Verden, dem dortigen Magiſtrate die Befugniß zur unmittelbaren Requiſition auswärtiger Obergerichte bezweifelte; ſo gab dieſes wieder zu einer von Seiten des Magiſtrats bey dem höchſten Tribunale angebrachten Beſchwerde die Veranlaſſung, worauf denn das K. O.A.-Gericht am 17. Januar 1800 nicht allein der Juſtiz-Canzley zu Stade eine Abſchrift des am 12. Januar 1754 erlaſſenen Reſcripts, zur Direction für die Zukunft, zugehen ließ, ſondern es auch für dienſam hielt, der Hannöverſchen Juſtiz-Canzley die unterm 12. Januar 1754 und 29. November 1756 ergangenen Verfügungen, durch eine nochmalige abſchriftliche Zufertigung derſelben, in Rückerinnerung zu bringen.

LXXVIII. Erörterung.

Von dem Beweiſe, welcher über verſchiedene Alternativen nachgelaſſen iſt.

Wenn von dem Kläger oder Beklagten mehrere Umſtände, die nicht insgeſammt unter einen Hauptſatz gebracht werden können, angeführt und von der Beſchaffenheit ſind, daß einer derſelben allein, wenn er erwieſen wird, die Klage oder Exception erheblich machen würde; ſo muß der Beweis über ſämmtliche Umſtände auferlegt und eröffnet werden. Wird nachgehends auch nur die eine Alternative dargethan, ſo kömmt es auf alle übrigen nicht weiter

weiter an, und es ist der erwiesenen Alternative oder dem erwiesenen Thatumstande gemäß zu erkennen g).

Bey dem nachgelassenen Beweise über verschiedene Alternativen ist es jedoch lediglich der Wahl des Beweisführers zu überlassen, ob er den Beweis über alle, oder nur wegen der einen und andern, antreten will. Ist das letztere geschehen, so entstehet die Frage: ob derselbe, nach Ablauf der Beweisfrist, wegen der übergangenen Alternativen annoch zu deren Beweise zuzulassen ist, oder nicht? Unsere Proceß-Ordnungen enthalten darüber nichts, und man hat daher diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen, und sonderlich aus der Natur des Beweises und der Beweisfrist zu beurtheilen.

Ist der Beweis blos über die eine Alternative angetreten, wegen der übrigen aber deren Beweise ausdrücklich entsaget worden, so kann der Beweisführer niemals zu dem Beweise der entsagten Alternative recurriren, wenn die von ihm gewählte nachmals nicht erwiesen wird. Die geschehene Entsagung schließt alsdann den Beweis der übrigen Alternativen von selbst aus. Wird aber der Beweis, ohne Vorbehalt oder ausdrückliche Entsagung der übrigen, nur in Absicht einer Alternative während der Beweisfrist angetreten: so findet in der Regel ebenfalls kein weiterer Beweis, wegen der stillschweigend übergangenen, Statt, weil jeder Beweis innerhalb der Beweisfrist nach seinem ganzen Umfange h) angetreten werden muß, und die präclusivische

g) von Tevenar Theorie des Beweises, S. 41. Engau in decis. P. II. dec. 21. Nr. 1. sagt davon: ubi probatio alternative injuncta fuit, sufficit unum membrum, neglecto altero, probatum esse.

h) Danz Grundsätze des gemeinen Processes, §. 263. Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Processes. §. 134 und 139.

vische Kraft derselben sich über die Beweisantretung aller alternativen Beweissätze erstreckt. Sobald also der eine Beweissatz einmal gewählt, und der Beweis nur darüber angetreten ist, kann der Beweisführer, nach dem Ablaufe des termini probatorii, denselben nicht wieder verlassen, und den andern Beweissatz aufnehmen; denn durch die geschehne Wahl und Antretung des einen sind die übrigen nachgelassenen alternativen Beweissätze nach Ablauf der Beweisfrist sogleich von selbst erloschen und desert geworden, wenn auch der Gegentheil, in Rücksicht der übergangenen Alternativen, den Ablauf der Beweisfrist nicht ausdrücklich angenommen hat. Die Pflicht des Beweisführers bringt es mit sich, vor der Wahl und Antretung genau zu überlegen, welche Alternative er am sichersten wird erweisen können. Ist er dabey nicht vorsichtig zu Werke gegangen, so hat er es lediglich seiner eigenen Schuld und Nachlässigkeit beyzumessen, wenn er nachgehends dieselbe nicht darzuthun vermag. Die unbedingte Erlaubniß, den Beweis der übergangenen Alternativen aufzunehmen, wenn die gewählte nicht erwiesen ist, würde aber überhaupt nicht blos zu einer gesetzwidrigen Proceßverlängerung führen, sondern selbst die Rechte des Gegners angreifen. Es findet daher in der Regel auch im Appellatorio, wenn in der ersten Instanz ein alternativer Beweis nachgelassen, die Beweisfrist bestimmt, und nur wegen der einen Alternative der Beweis angetreten, aber nicht geführt ist, in Rücksicht der bey dem vorigen Richter übergangenen Alternativen kein weiterer Beweis Statt, weil das beneficium non probata probandi sich lediglich auf neue, in der vorigen Instanz noch nicht vorgebrachte Umstände oder Thatsachen und deren Beweis einschränkt i).

Indessen pflegen doch nicht nur Minorenne und diejenigen, welche gleiche Rechte mit ihnen haben, sondern auch Majorenne, wenn

i) Klaproth im Processe, §. 369. Danz a. a. O. §. 416.

wenn dazu hinlängliche Gründe vorhanden sind, aus der allgemeinen Begünstigung des Beweises, besonders alsdann wider den Ablauf der Beweisfrist in den vorigen Stand gesetzt, und zu dem Beweise der übergangenen Alternative annoch gelassen zu werden, wenn der Beweistermin etwa nur um wenige Tage oder Wochen abgelaufen, oder doch noch kein Erkenntniß über den geführten Beweis der gewählten Alternative abgegeben ist, und überhaupt dem Beweisführer keine Gefährde und proceßverzögerliche Absicht zur Last fällt. Alsdann ist aber derselbe bey erlangter Restitution verbunden, seinem Gegner die Kosten, welche durch das vorhin beabsichtigte Beweisverfahren veranlasst sind, zu erstatten.

LXXIX. Erörterung.

Von den Erkenntnissen des Zelleschen Ober-Appellations-Gerichts in Brem- und Verdenschen Rechtssachen, findet die Nichtigkeits-Beschwerde an die höchsten Reichsgerichte nicht Statt.

Die Krone Schweden erhielt bekanntlich im Westphälschen Frieden k) wegen Pommern, Bremen und Verden eine unbeschränkte Be-

k) Art. X. §. 12. wo es heißt: Deinde concedit eis in omnibus et singulis dictis feudis *privilegium de non appellando*, sed hoc ita, vt summum aliquod *Tribunal* seu *appellationis instantiam*, commodo in Germania loco, constituant, eique

Befreiung von allen Appellationen an die Reichs-Gerichte, unter der Verpflichtung, ein eigenes Tribunal zu errichten, welches auch in der Folge zu Wismar angelegt wurde. In dem Stockholmer Frieden vom 20. Nov. 1719 sind die Herzogthümer Bremen und Verden von der Krone Schweden dem Hause Hannover mit allen Rechten und Zubehörungen, wie solche durch das Osnabrücksche Friedensinstrument, Art. X, der Krone Schweden beygelegt waren, abgetreten l), und darunter ist unbestritten das der letztern zugesicherte privilegium de non appellando illimitatum mit begriffen gewesen. Die Frage aber: ob der Nichtigkeitsklage dergleichen unbeschränkte Appellations-Befreiungen überhaupt im Wege stehen, und ob nicht ungeachtet derselben wegen begangener Nullitäten bey den Reichsgerichten geklagt werden kann? ist von den Rechtsgelehrten auf die verschiedenste Weise beantwortet worden. Einige m) meinen, daß gegen die Nichtigkeitsklagen keine Befreiungen durch Privilegien ertheilt werden könnten, und daß sie, der Natur der Sache widersprechend, wenigstens als ganz unwirksam anzusehen wären. Andere n) glauben die Schwierigkeiten

eique idoneas praeficiant personas, quae unicuique jus et iustitiam, secundum imperii constitutiones et cujusque loci statuta, *absque ulteriori provocatione caussarumve avocatione*, administrent.

l) Mosers Staatsrecht Th. 34. S. 532 f. f. von Ahsen von dem Eigenthumsrechte des Chur-Braunschweig-Lüneburg. Hauses über die Herzogthümer Bremen und Verden, im Hannöv. Magazin v. J. 1791. St. 12 und 13.

m) Pütters Anleit. z. teutschen Staatsr. mit Anmerk. von Grimm. §. 293. Note 5.

n) Pütter introd. in rem judiciar. imperii. §. 416. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts. §. 293. Danz Grundsätze des reichsgerichtl. Processes. §. 341. und die Note e. angef. Schriftsteller.

keiten dadurch am leichtesten zu heben, wenn sie annehmen, daß dergleichen Appellations-Befreiungen nur von heilbaren, aber nicht von unheilbaren Nullitäten zu erklären wären. Warum indeß die uneingeschränkte Nichtberufungsfreiheit mit der Natur der Sache streiten soll, ist nicht wohl abzusehen, und selbst die letztere Meinung, die man als die gemeine ansehen kann, hebt noch nicht alle Schwierigkeiten. Darüber ist man zwar völlig einverstanden, daß alle heilbare Nichtigkeiten nicht als wahre Nullitäten zu betrachten, folglich unter der Appellations-Befreiung mit begriffen sind, und eben so zweifellos hält man nur solche Nichtigkeiten für unheilbar, welche aus der Person des Richters, der Parthey oder den wesentlichen Bestandtheilen des Processes erwachsen o). Allein schon darunter äussert sich wiederum eine Verschiedenheit der Meinungen: ob es für eine unheilbare Nullität

o) In dem Reichshofraths-Conclusum vom 11. April 1781, das Herzogl. Mecklenburg. privileg. de non appellando betr., heißt es: weniger nicht 2) mit Vorbehalt der Nullitätsklage und der querelae denegatae vel protractae justitiae; erstere nämlich in Sachen, wo das *objectum litis* die in dem R. A. v. J. 1654 §. 112. bestimmte *Summam appellabilem* erreichet, oder über eine Obrigkeit, Gerechtigkeit, persönliche und Felddienstbarkeit und dergleichen, so nicht gewisse Achtung hat, gestritten wird, ratione derer Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den *Substantialibus* des Processes mit sich führen; letzterer aber auf die Fälle, da Jemand das aufzurichtende Ober-Appellat.-Gericht um Recht ersuchet, und ihn darauf dieses in Zeit eines Monats, nach beschehenem Ersuchen, zu Recht nicht verholfen, oder mit Gefährde verzogen hätte. Vergleiche Pütter Literatur des Staatsrechts. §. 1235. und Klübers Fortsetzung derselben. §. 1235. S. 377.

tät gehalten werden könne, wenn das Erkenntniß des Richters offenbar gegen klares Recht ausgefallen ist? Verschiedene p) bejahen, andere q) verneinen diese Frage, und es wird daher ziemlich einleuchtend, daß durch die angeführte gemeine Meinung doch noch nicht alle Schwierigkeiten gehoben sind.

Am sichersten gehet man also ohne Zweifel, wenn man bey der Beurtheilung der obigen Frage lediglich auf den Inhalt und den wahren Sinn der unbeschränkten Appellations-Privilegien selbst siehet r). Schließen sie entweder die Nichtigkeitsquerel namentlich aus, oder enthält das Privilegium solche Ausdrücke und Worte, welche die Absicht genugsam anzeigen, daß alle und jede Rechtsmittel, wodurch eine Rechtssache an die höchsten Reichs-Gerichte gelangen könnte, durchaus unstatthaft seyn sollen: so stehet das Privilegium auch der Zulässigkeit der unheilbaren Nichtigkeitsklage allerdings im Wege s). Von dieser Art ist nun unstreitig das der Krone Schweden im Westphälischen Frieden ertheilte privilegium de non appellando. Denn die Worte desselben:

absque ulteriori provocatione, caussarumve avocatione t),

können überall keinen andern Sinn haben, als den: daß alle nur mög-

p) Grimm a. a. O. Danz a. a. O. §. 338.

q) Häberlin a. a. O.

r) Danz a. a. O. §. 341.

s) a Pufendorf Tom. 3. Obferv. 102. §. 6 f. f. Auch in dem vom Kaiser Franz I. Chur-Braunschweig, wegen des Herzogth. Lauenburg und des Landes Hadeln, am 20. Mai 1747 ertheilten privileg. de non appell. illimitato heißt es: es solle dagegen keine Appellation, Provocation oder Reduction Statt finden. a Pufendorf Tom. 3. Obf. 101.

t) Diese Stelle erläutert besonders von Balthasar von den Gerechtsamen zu Wismar. S. 23 f. f.

möglichen Rechtsmittel, wodurch die Sache an die höchsten Reichs-Gerichte gebracht werden könnte, also auch die unheilbare Nichtigkeitsklage u), gänzlich haben ausgeschlossen werden sollen. Als daher in S. von B. wider den Anwald der R. der Herzogth. Bremen und Verden, pto. einer Canonicatspräbende, der erstere wider ein Erkenntniß des Zelleschen Tribunals ganz unbefugter Weise die Appellation, verbunden mit der Nichtigkeits-Beschwerde, an das Kaiserl. und Reichs-Cammer-Gericht einlegte, und um ein Document bat, gab das Ober-Appellations-Gericht am 30. Jun. 1800 mit vollem Rechte zum Bescheide: „Nachdem der Implorant selbst die begründete Gerichtsbarkeit unserer Landes-Gerichte in der vorliegenden Sache anerkannt hat, von den Erkenntnissen unseres Ober-Appellations-Gerichts aber, vermöge der uns ganz allgemein und ohne alle Einschränkung zustehenden privileg. de non appellando, keine an die Reichsgerichte zu bringende Rechtsmittel zulässig sind: so findet das angebrachte Gesuch nicht Statt, und wird dem Imploranten sein ordnungs- x) und verfassungswidriger Antrag damit ernstlich verwiesen."

u) Von dem Unterschiede zwischen der querela nullitatis und der querela protractae vel denegatae iustitiae, welche letztere kein eigentliches Rechtsmittel ist, s. m. Danz a. a. O. §. 344.

x) Zell. O.A.G.-Ordn. in Proöm. §. 3. So haben 2c.

LXXX. Erörterung.

Ob ein Rechtsgelehrter jüdischer Nation nach gemeinen und hiesigen Landes-Rechten zur Advocatur gelassen werden kann?

Da diese Frage blos in rechtlicher Rücksicht untersucht werden soll, so lassen wir uns auf eine Erörterung derselben in politischer Hinsicht, oder was dabey in Absicht auf gesetzgeberische Klugheit etwa rathsam seyn möchte, gar nicht ein. Auch nehmen wir darauf keine Rücksicht, wenn ein Landesherr in einzelnen Fällen durch Begnadigung oder Dispensation einem jüdischen Rechtsgelehrten die Advocatur gestatten will. Wir beurtheilen sie jetzt blos nach bestehenden Gesetzen.

Siehet man zuerst auf das ältere römische Recht, so ist hiernach die Beantwortung derselben nicht so zweifelfrei, als verschiedene Rechtsgelehrten y) anzunehmen scheinen. Unter den ersten christlichen Kaisern sind die Juden überall nicht von der Advocatur ausgeschlossen gewesen; vielmehr ward ihnen in einer Verordnung der Kaiser Honorius und Theodosius die Ausübung derselben ausdrücklich gestattet z). Erst späterhin bey

y) Lauterbach in Colleg. th. pract. Lib. 3. Tit. 1. §. 10. Stryk in usu moderno. Lib. 3. Tit. XI. §. 7.

z) L. 24. C. Theod. de Judaeis.

unterſagten es die Kaiſer Leo und Anthemius allen Richtern bey Strafe, Jemanden in das togatorum conſortium a), d. i. in die Zahl der Advocaten, aufzunehmen, welcher der herrſchenden chriſtcatholiſchen Religion nicht zugethan wäre b). Durch dieſe Geſetze ſcheint alſo den Juden der Weg zur Advocaturführung ganz verſchloſſen, wenigſtens das frühere Theodoſiſche Geſetz dadurch aufgehoben zu ſeyn. Indeß läßt ſich doch wider die Allgemeinheit dieſes Verbots manches einwenden. Nach der römiſchen Gerichtsverfaſſung waren die Verhältniſſe und Klaſſen der Advocaten ſehr verſchieden c). Bey den höhern Gerichtsſtellen war nur eine gewiſſe Anzahl zur Advocatur berechtigt, und die, welche darunter begriffen waren, nannte man *advocati ſtatuti* d). Dieſe mußten ſich eine beſtimmte Reihe von Jahren dem Studium der Rechtsgelehrſamkeit gewidmet haben, wenn ſie ohne Zeugniſſe und Examen in das conſortium togatorum aufgenommen werden wollten e); ſie durften Niemandem ohne erhebliche Urſachen ihren Beyſtand in dem Gerichte verſagen, wobey ſie angeſtellt waren f); ihnen waren beſondere Immunitäten und Privilegien beygelegt g); aus ihrer Mitte wurden die älteſten zu Fis-

a) Briſſonius de verb. ſignif. voc. Togati.

b) L. ult. C. de poſtulando und L. 15. C. de episc. audientia.

c) M. ſ. die Titel des codicis: de poſtulando, de advocat. diverſorum judiciorum, de advocat. diverſorum judicum, de advocatis fisci.

d) L. 11. pr. L. 13. C. de advoc. diverſor. judicior. So waren z. B. bey dem Praefect. Praetorio 150 angeſtellt. Glück Commentar. §. 361.

e) L. 3. §. 4. L. 11. §. 1. C. de adv. div. judicum.

f) L. 7. C. de poſtul.

g) L. 7. 17. 18. C. de adv. div. judicior. L. 3. 5. C. de adv. div. judicum. von der Craght disp. de advocat. eorumque dignitate ac privilegiis. Lugd. 1752.

Fiskalen genommen h), und selbst nach der Niederlegung ihres Amtes verblieb ihnen eine gewisse Dignität i). Insonderheit aber fand unter ihnen selbst eine gewisse Vereinigung Statt; sie machten gewissermaßen ein Collegium aus, und vorzugsweise nannte man ihre Verbindung: togatorum consortium k), sie selbst aber: togati, oratores l). Alle übrige Advocaten, die an kein gewisses Gericht gebunden, mithin auch nicht verpflichtet waren, einer Parthey zu dienen, hießen *Supernumerarii, ertraordinarii* m).

Sehr wahrscheinlich ist es nun, daß jenes Verbot nur die ersten, nicht die letzten betroffen hat, wenn man erwägt, daß die Kaiser Leo und Anthemius dasselbe wörtlich blos auf das togatorum consortium einschränken; daß eben diese Kaiser den Advocatis ordinariis anderwärts n) eine große Lobrede halten, und daß endlich dieses Verbot, da die Advocati statuti in einem officio publico standen, eigentlich nur als eine Wiederholung der Verordnung o) der Kaiser Theodosius und Valentinian angesehen werden kann, wodurch schon früher die Juden von öffentlichen Aemtern, also auch von dem togatorum consortio ausgeschlossen waren, und es nur nachgehends wieder versucht

h) L. 8. 9. 13. C. de adv. div. judic.

i) L. 1. C. de adv. div. judicum.

k) L. 5. pr. C. de adv. div. judicum. L. 11. §. 1. C. de adv. diversor. judicior.

l) L. 3. 6. 8. 9. C. de adv. div. judic. L. 33. C. §. 1. de episc. et cleric.

m) L. 11. §. 1. 2. L. 13. C. de adv. diversor. judicior.

n) L. 14. C. de adv. div. judic.

o) L. 19. pr. C. de Judaeis.

sucht haben mochten, in dasselbe von neuem Eingang zu finden. Man könnte es allerdings für bedenklich halten, eine Klasse von Menschen, die ihrer Religion wegen verachtet und verspottet waren, in das togatorum consortium aufnehmen, und die damit verknüpften Vorrechte ihnen angedeihen zu lassen, ohne grade überhaupt die Juden, die doch unter dem Schutze der Gesetze standen p), von aller Advocatur, in sofern es willkührlich war, ob man sich ihrer als Advocaten bedienen wollte, gänzlich auszuschließen. Als historisch gewiß kann man es aber annehmen, daß die durch das Studium der Jurisprudenz gebildeten Juden zur Zeit jenes Verbots die Advocatur bey den Römern wirklich ausübten; da ihnen diese Befugniß durch das Gesetz der Kaiser Theodos und Honorius gleichsam als das einzige Vorrecht zugesichert, und von ihnen gewiß nicht freiwillig aufgegeben war. Wäre es also die Absicht der Kaiser Leo und Anthemius gewesen, die Juden von aller Advocatur, auch ausser dem togatorum consortio, auszuschließen; sie mithin nicht einmal als supernumerarii ferner zuzulassen: so würden sie solches in dem Verbote deutlich ausgedrückt, wenigstens der Juden namentlich darin erwähnt haben. Die Allgemeinheit jenes Verbots bleibt daher sehr zweifelhaft, und es scheint blos auf die Advocati statuti eingeschränkt werden zu müssen.

Die Ausschließung der Juden von öffentlichen Aemtern und Ehrenstellen kann übrigens auch nicht zum Beweise ihrer gesetzmäßigen Unfähigkeit zur Advocatur dienen. Denn die Entfernung derselben von öffentlichen Aemtern, durch die Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinian, geschahe zu einer Zeit, wo sie unstreitig zur Advocatur berechtigt waren, und Justinian hat nachmals jene Unfähigkeitserklärung zu öffentlichen Aemtern blos erneuert q). Die Advocaturführung der

 Su-

p) L. 8. C. de Judaeis.

q) L. 12. C. de haereticis.

Supernumerariorum betrachtete man aber bey den Römern als kein öffentliches Amt, und mithin war einem jeden, welcher durch kein besonderes Gesetz davon zurückgewiesen wurde, der Zugang zu dieser Beschäftigung offen r).

Nach den neuern römischen Gesetzen, welche überhaupt einen entschiedenen Haß und tiefe Verachtung wider die Juden und Ketzer wahrnehmen lassen, sind aber die letztern allgemein von der Advocatur ausgeschlossen worden s). Diese Gesetze reden zwar nur von Ketzern überhaupt, und von Heiden (Graeci sive Pagani) und Samaritern insonderheit, ohne die Juden namentlich von der Advocatur auszuschließen. Da indessen die letztern nach den römischen Gesetzen allerdings als Ketzer betrachtet werden t), so darf man dasjenige, was wider diese verordnet war, auch auf die Juden anwenden; mithin annehmen, daß auch sie, nach den neuesten römischen Gesetzen, von aller Advocatur gänzlich entfernt worden sind.

Das päbstliche und Canonische Recht verordnet nichts bestimmtes über diesen Gegenstand. Nach dem Sinne dessel-

r) L. 2. C. de postulando.

s) L. 18. C. de haereticis: neque publicam adipiscuntur curam, neque docent, *neque advocationibus funguntur* — vergl. Nov. 144. C. 2.

t) L. 2. C. ne Christ. mancip. Nov. 45. pr. Nov. 109. Praefat. et Cap. 1. Zwar behauptet Ziegler in disp. de jur. judaeorum Cap. 7. §. 1., daß nach römischen Gesetzen die Juden nicht zu den Ketzern zu rechnen wären; allein er ist sehr gründlich widerlegt von Trendelenberg in disp. de Judaeis eorumque diversa conditione Cap. 2. §. 3. vergl. auch a Pufendorf Tom. 1. Obs. 208.

desselben können die Juden freilich den Ketzern nicht beygezählt werden, und was dasselbe von der Unzulässigkeit der Juden zu öffentlichen Aemtern vorschreibt u), läßt sich, wenn man auf den Grund dieser Verordnung siehet, wider das Advociren der Juden um so weniger anführen, als das päbstliche Recht die Ausübung der Advocatur an keiner Stelle den öffentlichen Aemtern gleich gestellt, oder die Advocatur für ein öffentliches Amt erklärt hat.

Mag man aber die Juden nach römischen Gesetzen für zu- oder unzulässig zur juristischen Praxis erklären, so bleibt es doch sehr zweifelhaft, ob überhaupt die Gesetze der Römer, bey der so auffallenden Verschiedenheit der römischen und deutschen Gerichtsverfassung, heut zu Tage für oder wider dieselben angewendet werden können?

Nach den deutschen Reichsgesetzen und den bisherigen Gerichtseinrichtungen hat es indeß keinen Zweifel, daß Rechtsgelehrte jüdischer Nation zur Advocaturführung vor Gericht unfähig sind. Es war von jeher Grundsatz, daß nur ein freier Mann, kein Sklav oder Kammerknecht, Jemanden gerichtlich vertheidigen konnte, und zuverlässig würde ein Jude, da man die ganze Nation, wenn gleich höchst ungerecht, mit Haß, Spott und Verachtung verfolgte x), von der Gerichtsstelle in ältern Zeiten schimpflich zurückgewiesen seyn, wenn er sich zum Rechtsbeystande hätte aufwerfen wollen. Die deutschen Reichsgesetze y) versagen den Juden alle bürgerlichen Rechte, und erklären, daß sie da, wo man sie dulden will, sich mit ziemlicher Handthierung, Hand-

u) Cap. 16 und 18. X. de Judaeis.

x) Runde teutsches Privatrecht. §. 638. und die daselbst angeführten Schriften.

y) Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1530. Tit. 27. und vom J. 1570. Tit. 20. §. 6 und 7.

Handarbeit und Handel, nicht vom Wucher, ernähren sollen. Ihre ganze Existenz hängt blos von der Duldung des Landesherrn, und der Umfang ihrer Rechte von dessen Concession und Verleihung ab. Der bloße Judenschutz kann ihnen aber kein Recht zur Advocatur ertheilen, weil dazu wenigstens die Fähigkeit zum Bürgerrechte vorauszusetzen ist z). Die Cammer-Gerichts-Ordnung a) schließt jeden von der Advocatur aus, der nicht zu einem reichsgesetzlich recipirten Religionstheile gehört; und in den meisten deutschen Ländern siehet man, wenigstens in der Regel, das Amt eines Fürsprechers als ein öffentliches an b). Es werden daher nur diejenigen als advocaturfähig angesehen, welche sich zu einer von den drey in Deutschland öffentlich gebilligten Religionen bekennen c). Die deutschen Reichsgesetze und Gerichts-Verfassungen geben also für die Zuläßigkeit der Juden zur Advocatur kein vortheilhaftes Resultat, und so lange in einem Staate eine herrschende Kirche ist, wird man die Vorrechte derselben nur solchen einräumen dürfen, welche ihr öffentlich zugethan sind d).

Nach

z) Runde a. a. O. §. 641.

a) Th. 1. Tit. 30. und von Selchow Koncept der R. Cammer-Gerichts-Ordn. Th. 1. S. 457.

b) Glück im Commentar. §. 361.

c) G. L. Böhmer princ. jur. canon. §. 709. Klaproth im Processe §. 72.

d) M. vergl. hierbey: Charlotte Samson, oder Geschichte eines jüdischen Hausvaters, der mit seiner Familie dem Glauben seiner Väter entsagte. Berlin 1800. Dohm über die bürgerl. Verbesserung der Juden. S. 118. — Vielleicht dürfte es manchen alten Practikern eben so anstößig, als den Vasallen eines Lehnhofs seyn, wenn sie einen Juden als Genossen in curia unter sich leiden sollten. Runde Beytr. zur Erläuterung rechtl. Gegenstände. Th. 1. S. 199.

Nach den Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Provinzialgesetzen sind die Juden weder ausdrücklich zur Advocatur gelassen, noch namentlich davon ausgeschlossen. Die ältern Landesgesetze erklären sie zwar für Geächtete und Verbannte, die ganz ausgeboten und im Lande nicht geduldet werden sollten e); allein durch neuere Gesetze ist diese Strenge längst aufgehoben, und ihnen unter gewissen Einschränkungen Schutz ertheilet worden. Derselbe wird aber nur auf 10 Jahre gegeben. Mit dem Ablaufe dieser Zeit hört er von selbst auf, und er muß alsdann wieder erneuert werden. Die Rechte, welche den vergleiteten Juden ertheilt sind, schränken sich jedoch blos auf Nahrungs- Handels- und Gewerbevortheile ein, und man findet sie in den Landesgesetzen und Schutzbriefen bestimmt angegeben f). Unter denselben ist aber keines befindlich, welches ihnen einen gesetzmäßigen Anspruch auf öffentliche Aemter und Ehrenstellen, oder nur auf die Reception in Innungen und Zünfte, ertheilt g). In Hinsicht auf die Advocatur bestimmt zwar die O. A. G.-Ordnung keine gewisse Anzahl von Advocaten. Inzwischen wird darin das Amt derselben als ein öffentliches, ein Officium, ausdrücklich anerkannt, geschickten Advocaten der Zugang zu andern öffentlichen Bedienungen versichert h), und Niemand dazu gelassen, der nicht vom Tribunale geprüft, oder in die Advocatenmatrikel aufgenommen ist i). Schon hieraus ergiebt es sich, daß die Juden, da der Schutz

e) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 1. §. 20. Ayrer de jure recipiendi judaeos. Cap. 4. Whener in metamorph. rerumpubl. pag. 74.

f) Corp. Const. Calenberg. P. III. Cap. 4. Corpus Const. Luneburg. cap. 4. pag. 417 seqq. von Berg Handb. des Policeyrechts. Th. 3. S. 505.

g) M. vergl. a Pufendorf Tom. 2. Obs. 208. Tom. 4. Obs. 72. §. 9.

h) Th. 1. Tit. 5. §. 14.

i) Beneckens Samml. der gem. Bescheide des O. A. G. Nr. 24 u. 27.

Schutz aller nur temporell ist, nach unsern Landesgesetzen auf das Officium eines Advocaten keinen rechtlichen Anspruch machen können.

Aber auch noch von einer andern Seite zeigt sich die Unfähigkeit eines Juden zur Advocatur, nach der hiesigen Landes- und Gerichtsverfassung, ganz deutlich. In dem Eyde, welchen ein jeder Advocat ohne Ausnahme, nach der Tribunals-Ordnung k), persönlich abzustatten hat, muß er unter andern eydlich angeloben, die christliche Liebe vor Augen haben zu wollen, und die Schwörungsformel gehet ganz ausdrücklich dahin: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium. Diesen Eyd kann kein Jude, so lange er bey dem Judenthume verharret, ableisten l). Und da man von diesem mit Bewilligung des Landesherrn und der Landstände vestgesetzten Versicherungseyde der Advocaten und der gesetzlichen Schwörungsformel nicht abweichen darf, der Advocaten-Eyd aber offenbar blos für Christen eingerichtet ist: so folgt hieraus die Unfähigkeit eines Juden, zum Amte eines Fürsprechers vor Gericht, von selbst.

Aber sollte nicht ein Rechtsgelehrter jüdischer Nation, welcher auf der Landesuniversität die juristische Doctorwürde m) erlangt hat, zur Advocatur in den hiesigen Landen berechtigt seyn? Wir glauben auch diese Frage verneinen zu müssen. Ohne Zweifel können zwar die Juden, so gut wie die Christen, alle gelehrte Anstalten benutzen, Künste und Wissenschaften erlernen, und wenn sie

k) Th. 1. S. 62.

l) Moses Philipson über die Verbesserung des Judeneides. S. 24.

m) Erst in neuern Zeiten scheint das Studium der Jurisprudenz für die Juden einigen Reiz bekommen zu haben. So erhielt z. B. der geschickte Doctor Aaron Gumprecht, nachdem er seine diss. de sequela territoriali sine praeside, vertheidigt hatte, am 25. October 1799 zu Göttingen die jurist. Doctorwürde; und am 18. August 1800 gab die Universität zu Wien dem Juden Joseph Horniker, aus Lemberg, den jurist. Doctorhut.

sie sich in irgend einem Theile der Gelehrsamkeit gehörige Kenntnisse erworben haben, auch auf die höchsten Würden derselben Anspruch machen. Es würde unbillig und ungerecht seyn, mit einem neuern Schriftsteller n), einem jüdischen Rechtsgelehrten den sogenannten gelehrten Adel versagen zu wollen, wenn er durch seine Kenntnisse dazu völlig qualificiret ist. Der Doctoreid enthält nichts, was nicht auch von einem rechtschaffnen Manne, jüdischer Nation, eidlich angelobt werden könnte, und die letzten Worte des Eides: et sacrosanctum ejus evangelium, können ganz aus demselben hinweggelassen werden; weil den Facultäten, so viel wir wissen, die Schwörungsformel mit dem erwähnten Anhange gar nicht gesetzlich vorgeschrieben ist. Indeß unterscheidet sich doch allezeit die bloße Doctorwürde von den Doctorrechten, und die letztern kann ein jüdischer Doctor juris nur in soweit fordern, als er derselben fähig ist o). Die Universität hat zwar die Befugniß, einem Juden dignitatem doctoralem zu conferiren; aber sie kann zugleich damit weder den erforderlichen Judenschutz bewilligen, noch das Recht ertheilen, die juristische Praxis vor den hiesigen Landes-Gerichten auszuüben. Nach den Privilegien der Landesacademie p) sollen die daselbst promovirten Doctoren der Rechte, nicht von der Abstattung des Advocateneides und der Aufnahme in die Matrikel, **sondern blos von einem weitern**

n) Thiel princip. jurispr. judaicae per. Germ. comm. §. 59.

o) In den Privilegien der Universität Göttingen von K. Karl VI. heißt es ausdrücklich: Doctores promoti omnes actus libere exercere possunt et debent *de jure vel consuetudine.* Wenn man es also auch nicht bezweifelt, daß ein Doctor juris facultatem legendi, docendi, interpretandi, glossandi et de jure respondendi durch die Promotion erhalten hat; so kann sie ihm doch kein Anspruchsrecht auf die Ausübung eines Richter- oder Advocatenamtes geben, weil dazu die Juden de jure et consuetudine nicht fähig sind.

p) v. J. 1736 §. 23.

tern Examen befreiet seyn. Aber nicht zu gedenken, daß man dieses Privilegium wohl nur von christlichen Doctoren der Rechte eigentlich würde erklären müssen q), so giebt es doch auch denselben nichts weiter, als einen Titel zur Ausübung der juristischen Praxis; die Befugniß selbst, vor dem höchsten Tribunale und den übrigen Landesgerichten Praxin zu treiben, wird erst durch die Beeidigung und die darauf folgende Aufnahme in die Advocatenmatrikel erworben. Die Doctorwürde und der abgestattete Doctoreid führen daher die Befugniß, in den hiesigen Landen zu advociren, nicht mit sich; vielmehr muß ein jeder zu Göttingen promovirter Doctor der Rechte den in der O. A. G. = Ordnung vorgeschriebenen Advocateneid vor dem höchsten Tribunale persönlich ableisten, ehe er in die Matrikel aufgenommen wird. Da nun, nach den obigen Bemerkungen, ein Rechtsgelehrter jüdischer Nation denselben nicht abstatten kann, so würde auch das höchste Tribunal, nach den bestehenden Gesetzen, nicht befugt seyn, einen Doctor der Rechte, so lange er sich zum Judenthume bekennet, mithin den gesetzlich vorgeschriebenen Advocateneid nicht abzuleisten vermag, unter die Zahl der gerichtlichen Advocaten aufzunehmen.

q) Die zu Göttingen promovirten Doctores Medicinae können zwar nach erhaltener Concession K. Landesregierung, ohne weiteres Examen, die medicinische Praxis ausüben. Privilegia der Universität Göttingen v. J. 1736, §. 23. Regiminalausschreiben vom 26. Mai 1800. Und wenn dieses auch auf die jüdischen Aerzte anwendbar seyn sollte, so läßt sich doch davon kein Schluß auf die gerichtliche juristische Praxis machen. Denn die Ausübung der medicinischen Praxis ist für kein öffentliches Amt erklärt, und uns ist kein Beyspiel bekannt, daß einem jüdischen Arzte Stadt= oder Landphysikate wären anvertrauet worden.

Register

Register
zum dritten Bande der practischen Erörterungen.

(Die beygesetzte Zahl zeiget die Seite an.)

Amts-

den

D.

richten

Eid,

Espa-

Ge=

K.

L.

Lan-

O.

Offi-

P.

Pflug-

Q.

S.

T.

Tape-

W.

Zie-

Verbesserungen.

Seite 3 Zeile 25 statt geschätzten l. geschützten — S. 4 Z. 7. statt Deichlands= l. Deichbandsinteressenten — S. 20 Z. 10 müßten l. müssen — S. 51. Z. 3. Licente l. Licentorte — S. 52. Z. 24. der l. die — S. 114 Z. 8 nach dem Worte Lehnsherrn, ist beyzufügen: oder Lehnfolgers — S. 115 Z. 3. ist gleichfalls beyzusetzen: oder Lehnfolger — ebend. Z. 7. müßten l. müssen — S. 133 Z. 8 Wenn l. Wer — ebend. Z. 19. übrigens l. übrigen — S. 145. Z. 4. gleichen l. gleiche — S. 267 Z. 2 Schatz, l. Schutzgeldes — S. 279 Z. 16 Wortretung l. Vertretung — S. 283 Z. 5 Güterpflegern l. Güterpfleger — S. 356 Z. 10 er l. es — S. 371 Z. 1 nach den Worten: zur Zeit, ist beyzufügen: nicht — S. 422 Note t. ist nach dem Worte: Gerechtsame, beyzusetzen: des hohen Tribunals — S. 427. Z. 2. könnte l. konnte.

v. Bülow's
und
Hagemann's
Practische
Erörterungen
[illegible]

Uebrigens verstehet es sich wohl von selbst, daß Eltern, welche ein Testament. inter liberos durch eine spätere testamentarische Disposition abändern oder aufheben, und in dieser, neben den Kindern, auch Fremde instituiren wollen, nicht gerade an die Form eines Testam. privati gebunden sind, sondern daß sie zu dem Ende auch gültigerm
richten können, zumal n
zu handeln, demselben d
schalten. l)

l) Majorem enim fider
Cod. de Testam.

terung.

nderungsrechte bergrechtlich
Gläubiger.

an zuvörderst nicht blos die so-
e Hütten- und Bergschmieden,
gerechtigkeiten und Bergwerks-
zeit Bergtheile; allein nicht alle
Die letztern bestehen darin, daß
in Rücksicht eines neuen Gru-
le entweder beytritt, oder einen
igenthum desselben durch unter-
immt m). Davon unterschei-
chmiedetheile. Diese ent-
haft, oder ein einzelner bey auf-
at, behuf Erbauung der dazu
nöthi-

ng zu den Rechten und der Verfas-
. S. 197 ff. Danz Handbuch
9.